

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE
L'ALLIANCE OU AFFINITÉ

ÉTUDE D'HISTOIRE ET DE DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 20 Juin 1901, à 10 heures.

PAR

Louis CARON

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE RIOM

Président : M. SALEILLES, professeur.

Suffragants : { *M. PLANIOL, professeur.*
 M. GARÇON, professeur.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1901

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE
L'ALLIANCE OU AFFINITÉ

ÉTUDE D'HISTOIRE ET DE DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 20 Juin 1901, à 10 heures.

PAR

Louis CARON

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE RIOM

Président : M. SALEILLES, professeur.

Suffragants : { *M. PLANIOL, professeur.*
M. GARÇON, professeur.

PARIS

A. PEDONE, EDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1901



INTRODUCTION

En droit civil, on appelle alliance ou affinité le rapport juridique qui s'établit par le mariage entre l'un des époux et les parents de l'autre (1). L'alliance se rapproche donc de la parenté en ce sens qu'elle la suppose et qu'elle se greffe en quelque sorte sur elle; elle en diffère en ce qu'elle résulte, non pas de la conception et de la naissance, mais seulement du mariage.

Comme la parenté, l'alliance existe en ligne directe ou en ligne collatérale et se compte par degrés: le parent d'un époux en ligne directe au premier degré est allié de l'autre époux dans la même ligne et au même degré.

En ligne directe, l'alliance se forme par le mariage des parents ou par celui des enfants. Par le mariage des parents: ainsi le second mari d'une femme et la seconde épouse d'un homme sont alliés des enfants d'un premier lit de leur conjoint: ils prennent les noms de beau-père et de belle-mère (anciennement parâtre, marâtre) vis-à-vis de ces enfants qui sont leurs beaux-fils ou leurs belles-filles.

(1) Dans un sens voisin de celui qu'on vient de lire, l'alliance sert aussi à désigner le mariage lui-même; c'est ainsi qu'on dit: une alliance honorable, une *mésalliance*. Dans une acception dérivée et plus vulgaire, le mot alliance veut dire aussi *anneau de mariage*. — L'alliance a un tout autre sens en histoire et en droit international, elle signifie alors: une entente, une union entre deux ou plusieurs Etats.

Par le mariage des enfants, le mari de la fille et l'épouse du fils deviennent les alliés du père et de la mère de leur conjoint; dans leurs rapports réciproques, ils prennent les noms de gendre et de belle-fille (ou bru), de beau-père et de belle-mère (1).

En ligne collatérale, on est l'allié de son beau-frère (mari de la sœur ou frère de l'épouse) et de sa belle-sœur (sœur de la femme ou femme du frère). Dans le monde, deux hommes se considèrent même comme beaux-frères lorsqu'ils ont épousé les deux sœurs; au point de vue juridique, cette appellation est inexacte, car l'alliance n'existe qu'entre l'un des époux et les parents de l'autre, et, si l'on est bien le beau-frère de la sœur de sa femme, on ne l'est pas du mari de cette sœur (2). Les autres alliés en ligne collatérale n'ont pas de dénomination spéciale en notre langue; ce sont le mari de la tante, de la nièce ou de la cousine et la femme de l'oncle, du neveu ou du cousin, qu'on appelle oncle, tante, neveu, nièce, cousin, cousine par alliance (3).

(1) On verra plus loin que la langue latine ne confondait pas comme la nôtre sous le terme commun de beau-père, le second mari de la mère vis-à-vis des enfants du premier lit de celle-ci et le père de l'épouse vis-à-vis de son gendre. Le beau-père et la belle-mère à l'égard des beaux-fils et belles-filles étaient dits *vitricus* et *noverca*; à l'égard du gendre et de la bru, le beau-père et la belle-mère étaient appelés *socer* et *socrus*.

(2) Cette erreur a une excuse historique. On constatera, en effet, que le droit canonique reconnaissait une alliance entre l'un des époux et les alliés de l'autre. (V. *infra*: Droit canonique, chap. second, II).

(3) Les alliés sont quelquefois appelés *parents par alliance*. Le terme n'est pas très correct, car la parenté diffère de l'alliance; on pourrait dire *membres de la famille par alliance*. Les alliés prennent le nom du parent de leur degré, précédé de l'épithète *beau*: beau-père, belle-mère, beau-frère, beau-fils. (Dans certaines contrées du centre et du

Les rapports moraux et sociaux qui résultent de l'alliance, les situations psychologiques auxquelles peuvent donner lieu ces rapports ont de tout temps été mis à contribution par les satiriques, les romanciers et les dramaturges (1). Mais l'alliance entraîne aussi des conséquences juridiques. Il nous a paru intéressant de rechercher comment ces conséquences avaient été réglementées jusqu'à nos jours et comment elles le sont encore à l'heure actuelle dans les différentes législations. Ces conséquences sont multiples et variées, comme on peut s'en convaincre par le rapide aperçu que nous allons tâcher d'en donner.

Pour des raisons de convenances et de morale publique autant que privée, on conçoit que le mariage ne puisse être permis entre certains alliés rapprochés, surtout en

midi de la France, on emploie souvent l'épithète *bon*, comme synonyme de grand, dans grand-père, grand'mère). Autrefois beau était une marque de respect ou d'affection qui se donnait aux parents comme aux alliés, même aux étrangers, à Dieu, aux rois, à un être quelconque. On disait *Beau père Dieu*, ou comme dans le dicton picard cité par La Fontaine :

« Biaux chires Leups, n'écoutez mie
Mère tenchent chen fieux qui crie. »

(Fables, iv, 16, *Le loup, la mère et l'enfant*).

L'expression ne s'est conservée que là où elle pouvait rendre des services pour la clarté du langage. (V. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1900, vol. 1, p. 665).

(1) « Un beau-père aime son gendre, aime sa bru. Une belle-mère aime son gendre, n'aime pas sa bru. Tout est réciproque. — Ce qu'une marâtre aime le moins de tout ce qui est au monde, ce sont les enfants de son mari; plus elle est folle de son mari, plus elle est marâtre. — Les marâtres font désertir les villes et les bourgades, et ne peuvent pas moins la terre de mendiants, de vagabonds, de domestiques et d'esclaves, que la pauvreté. » (La Bruyère, *Caractères*, chap. v, De la Société et de la Conversation). — De nos jours, que de vaudevilles ne doivent leur succès qu'à une paraphrase ingénieuse et brillamment présentée de ces pensées du grand moraliste!

ligne directe. Nous ne saurions mieux faire que de rapporter à ce sujet les belles paroles de Montesquieu : « Il a toujours été naturel aux pères de veiller sur la pudeur de leurs enfants. Chargés du soin de les établir, ils ont dû leur conserver et le corps le plus parfait, et l'âme la moins corrompue, tout ce qui peut mieux inspirer des désirs, et tout ce qui est le plus propre à donner de la tendresse. Des pères, toujours occupés à conserver les mœurs de leurs enfants, ont dû avoir un éloignement naturel pour tout ce qui pourrait les corrompre. Le mariage n'est point une corruption, dira-t-on. Mais avant le mariage, il faut parler, il faut se faire aimer, il faut séduire : c'est cette séduction qui a dû faire horreur... Ces causes sont si fortes et si naturelles qu'elles ont agi presque par toute la terre, indépendamment d'aucune communication (1)... Comme les enfants habitent ou sont censés habiter dans la maison de leur père, et par conséquent le beau-fils avec la belle-mère, le beau-père avec la belle-fille, ou avec la fille de sa femme, le mariage entre eux est défendu par la loi de la nature. Dans ce cas, l'image a le même effet que la réa-

(1) Portalis qui cite ces paroles, ajoute : « Ce ne sont point les lois romaines qui ont appris à des sauvages et à des barbares qui ne connaissent pas ces lois, à maudire les mariages incestueux. C'est un sentiment plus puissant que toutes les lois, qui remue et fait frissonner une grande assemblée, lorsqu'on voit sur nos théâtres, Phèdre, plus malheureuse encore que coupable, brûler d'un amour incestueux, et lutter laborieusement entre la vertu et le crime. » (Portalis, *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage*, présenté le 16 ventôse an XI. — *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par Jean-Étienne-Marie Portalis, publiés par le vicomte Frédéric Portalis. Paris, 1844, p. 174 et suiv.). — Quoi qu'en disent Montesquieu et Portalis, l'inceste n'a pas toujours été défendu : « Le larcin, l'inceste... tout a eu sa place entre les actions vertueuses. » (Pascal, *Pensées*, art. III, §). V. *infra*, Législations anciennes, I.

lité, parce qu'elle a la même cause : la loi civile ne peut ni ne doit permettre ces mariages (1). »

A cette prohibition de mariage entre alliés se rattachent plusieurs problèmes intéressants et difficiles. La prohibition doit-elle s'étendre aux alliés en ligne collatérale, et si oui, jusqu'à quel degré ? Le mariage contracté au mépris de cet empêchement sera-t-il nul, et comment seront réglés les formes et les effets de cette nullité ? L'inceste, que constitue une semblable union, devra-t-il être considéré comme une infraction et entraîner en cette qualité des déchéances juridiques ou même des peines d'ordre physique pour ceux qui l'ont commis et pour les enfants auxquels ils ont donné le jour ? Sur tous ces points, les législations anciennes et modernes offriront à notre étude des solutions extrêmement variées.

Le respect et l'affection qu'on suppose devoir exister entre alliés rapprochés, leur ont fait accorder quelques privilèges, reconnus par la plupart des peuples civilisés. C'est ainsi qu'entre gendre et bru d'une part, et beau-père et belle-mère d'autre part, la loi établit ordinairement une créance alimentaire réciproque (2). Les alliés, à défaut de parents ou même concurremment avec eux, ont aussi le droit et le devoir de s'intéresser aux principaux actes de la vie juridique de leur allié, surtout dans les cas nombreux

(1) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. xxvi, ch. xiv.

(2) Il ne faut pas confondre l'obligation alimentaire légale avec les *nourritures*, convention usitée dans l'ancien droit et par laquelle on stipulait que les époux seraient nourris, durant un certain nombre d'années, par les parents de l'un d'eux : « L'on peut compter sûrement sur la dot, le douaire et les conventions, mais faiblement sur les *nourritures* ; elles dépendent d'une union fragile de la belle-mère et de la bru et qui périt souvent dans l'année du mariage. » (La Bruyère, *Caractères*, ch. v, De la Société et de la Conversation).

où celui-ci a besoin d'une protection ou d'un soutien qu'il ne trouverait qu'imparfaitement chez des étrangers. C'est ainsi que l'allié d'un mineur sera souvent désigné par la loi, facultativement ou impérativement, pour faire partie du conseil de famille, ou se charger de la tutelle, et pour provoquer l'émancipation du pupille. Nous aurons même à nous demander si, dans une bonne législation, les alliés les plus proches d'un majeur en état d'aliénation mentale ne devraient pas être admis à poursuivre son interdiction.

En procédure, le législateur ne saurait sans imprudence admettre les huissiers, les témoins, les juges, à instrumenter, à déposer ou à se prononcer dans les litiges intéressant leurs alliés. Les mêmes questions se reproduisent avec plus de gravité peut-être, en procédure criminelle.

En droit pénal, il est naturel que le vol commis au préjudice d'un allié, au moins en ligne directe, ne soit pas considéré, au point de vue juridique, comme un acte délictueux. En sens inverse, l'alliance entre le coupable et la victime peut-elle imprimer à certaines infractions un caractère aggravant ? A notre connaissance le droit romain est le seul à reconnaître un pareil effet à l'alliance ; le meurtre d'un allié en ligne directe était, à Rome, un parricide.

Le droit administratif sanctionne également des incompatibilités et des interdictions spéciales basées sur l'alliance.

On le voit, la matière est ample et touche à presque toutes les branches du droit. Ce manque de cohésion, cette dispersion des éléments de notre étude en sont même le principal écueil. Cette difficulté inhérente au sujet d'une part, notre inexpérience personnelle d'autre part seront la cause, et peut-être aussi l'excuse des défaillances, des

imperfections et des omissions qu'on pourra sans nul doute relever dans ce travail.

Nous avons annoncé précédemment notre intention d'examiner la théorie et les effets de l'alliance tels qu'ils ont été réglementés jusqu'à l'heure actuelle et tels qu'ils le sont encore de nos jours. Notre étude se divisera donc tout naturellement en deux parties. Une première partie (ce sera de beaucoup la plus importante), sous le titre *Etude historique*, contiendra l'exposé des législations antérieures à la Révolution française : législations anciennes, droit romain, droit barbare, ancien droit français. La seconde partie, intitulée : *Le droit moderne*, comprendra le droit français actuel et quelques législations étrangères, précédés d'un rapide aperçu sur le droit de la Révolution française.

PREMIERE PARTIE

ÉTUDE HISTORIQUE

I

Législations anciennes ⁽¹⁾

Sans nous attarder outre mesure aux législations primitives, sur lesquelles il n'existe bien souvent que des documents rares ou confus, nous verrons néanmoins comment s'est formée l'idée d'alliance et quels en ont été les premiers effets. Examinant ensuite plus spécialement les résultats de l'alliance quant au mariage, nous serons amenés à nous demander par suite de quelles différences de vues elle a pu produire, parfois côte à côte dans la même législation, deux effets diamétralement opposés, savoir d'une part un empêchement de mariage, d'autre part une obligation de mariage, une sorte de mariage forcé, le lévirat.

Au cours de ces différentes questions, nous nous atta-

(1) Consulter : Starcke, *La famille primitive, ses origines et son développement*, Paris, 1891. — Dareste, *Ancien droit des Perses*, extrait du *Compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques*, Paris, 1886. — Eod. auctore, *Les anciens codes brahmaniques*, extrait du *Journal des savants*, Paris, 1884. — Eod. auctore, *Les plaidoyers civils de Démosthène, traduits et annotés*, Paris, 1875, 2 vol. — Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, Paris, 1897, 4 vol. — Albert Desjardins, *Mémoire sur la condition de la femme dans le droit civil des Athéniens*, Paris, 1865.

cherons plus volontiers à l'étude de la loi mosaïque, à raison de son influence sur le **droit** canonique.

§ 1^{er}. — La notion d'alliance et ses premiers effets.

Dans l'ordre chronologique, la notion de l'alliance est bien postérieure à celle de la parenté proprement dite. Celle-ci, résultant de faits physiques, la conception, la naissance, devait nécessairement créer des rapports juridiques dans les sociétés les plus anciennes, si barbares et si peu civilisées qu'on veuille les supposer ; aussi, dans les temps les plus reculés, voyons-nous les législateurs réglementer les liens de parenté et leur effets.

L'idée d'alliance au contraire est un peu plus abstraite. L'alliance résulte bien, elle aussi, d'un fait physique, le mariage ; mais elle n'en découle pas d'une manière aussi évidente, aussi tangible que la parenté, par exemple, découle de la naissance. L'idée, pour être un peu confuse au début, se dégagea néanmoins peu à peu : la femme, introduite dans la maison de son mari, fut appelée à vivre avec sa belle-mère et ses belles-sœurs, elle dut partager désormais leurs travaux, leurs plaisirs et leurs peines ; le mari de son côté cessa de considérer comme un étranger ce père qui lui avait accordé sa fille en mariage ou auquel il l'avait ravie ; il se rapprocha surtout de ses beaux-frères qui devinrent pour lui de précieux compagnons de chasse, de guerre et de pillage.

Mais l'alliance devait pendant longtemps se réduire à ces sentiments d'affection et de solidarité, sans produire aucun des effets juridiques que lui reconnaissent les législations modernes.

Ainsi elle n'engendrait pas d'obligation alimentaire : dans des sociétés où les hommes d'une même famille, voire

d'une tribu tout entière, mettaient presque tout en commun, la dette alimentaire était chose inconnue. Et lorsque plus tard parut cette institution, à Athènes par exemple (1), on ne l'étendit pas de suite aux alliés; on la restreignit au contraire aux parents, et même à quelques-uns d'entre eux seulement, aux parents en ligne directe.

L'alliance ne fut pas non plus au début considérée comme constituant un empêchement de mariage. L'inceste entre proches parents, à plus forte raison entre alliés, était au contraire en honneur chez presque tous les peuples anciens, les Egyptiens (2), les Mèdes, les Perses eux-mêmes, dont les lois se rapprochent cependant beaucoup, quant à l'organisation de la famille, des autres lois de la race indo-européenne (3). Dans l'Inde, les lois de Manou

(1) Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, Paris, 1897, vol. I, p. 364 et s.

(2) Ptolémée II ou Philadelphie épousa sa sœur de père. — Cléopâtre, fille de Ptolémée V Epiphane et petite-fille d'Antiochus-le-Grand, épousa successivement ses deux frères, Ptolémée VI Philométor et Ptolémée VII (Evergète II), surnommé Physcon ou le Ventru, lequel la répudia pour épouser la propre fille de sa femme.

(3) Voyez en ce sens : Dareste, *Ancien droit des Perses*, p. 11. — Hérodote rapporte que Cambyse voulant épouser sa sœur Meroé réunit les Juges de son royaume et leur demanda s'il n'existait pas une loi permettant au frère d'épouser sa sœur. Ceux-ci répondirent adroitement qu'ils ne trouvaient pas de loi semblable, mais qu'il y en avait une permettant aux rois de Perse de faire tout ce qu'ils voulaient. Ainsi Cambyse épousa celle qu'il aimait et, peu de temps après, une autre de ses sœurs. (Hérodote, III). — Ce passage, invoqué par M. Dareste à l'appui de son opinion, ne semble-t-il pas prouver au contraire que l'inceste était prohibé par la loi des Perses, et que cette prohibition ne tombait que devant l'omnipotence royale rappelée fort à propos par d'habiles flatteurs? — D'après Catulle, pour être mage, il fallait chez les Perses devoir le jour à un inceste :

Num magus ex matre et gnato gignatur oportet.

(*Carm.*, 88, v. 3).

qui prohibent le mariage entre proches parents le permettent entre alliés (1).

A Athènes, l'alliance n'est pas non plus un obstacle au mariage, ni en ligne collatérale, ni même en ligne directe (2). Andocide cite le cas de Callias qui épousa (successivement suivant les uns, en même temps suivant les autres) la mère et la fille (3).

Mais avec la législation athénienne, nous arrivons à un véritable effet juridique de l'alliance. Cet effet, contenu dans la loi de Dracon, appartient au droit criminel : « les nations ont un droit public avant que d'avoir des lois civiles », a dit Portalis (4), et le droit criminel n'est autre chose qu'une branche du droit public. La loi de Dracon (loi pénale dont le texte cité en partie dans les manuscrits de Démosthène a été déchiffré sur un marbre trouvé à Athènes en 1843) permet en effet à certains alliés, gendres et beaux-frères, et leur fait même une obligation de venger le meurtre de leur allié, c'est-à-dire de concourir

(1) *Lois de Manou*, traduct. Loiseleur-Deslongchamp, Paris, 1833, III, 5.

(2) Mayer. *Die rechte der Israeliten, Athener und Römer...* etc. Leipzig, 1862-76, 3 vol.; vol. 2, p. 294. — Beauchet, *op. citat.*, vol. 1; p. 31 et 176.

(3) Andocide. *De mysteriis*, § 124 et s. Callias fut-il polygame, ou n'épousa-t-il la fille qu'après la dissolution de son mariage avec la mère? Sur ce point qui ne rentre pas dans notre sujet, v. Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, vol. 1, p. 176, et Eod. auctore, *De la polygamie et du concubinat à Athènes. Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, 1895 (t. XIX), p. 461 et s.

(4) *Exposé des motifs du projet de loi relatif à la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le titre de Code civil des Français*, présenté le 26 ventôse an XII. (*Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par Jean-Etienne-Marie Portalis, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Paris, 1844, p. 294).

(συγγνωστιν) à la poursuite intentée contre le meurtrier par les plus proches parents de la victime (1) : la loi considère que les alliés les plus rapprochés doivent avoir le désir de venger la mort d'un des leurs au nom des sentiments d'affection qui les unissaient à lui. Cette disposition concernant les alliés a même permis d'établir que l'obligation de poursuivre le meurtrier reposait à Athènes sur un intérêt d'affection et non sur un intérêt pécuniaire, qu'elle se rattachait, non pas à la qualité d'héritier puisque les alliés ne succèdent pas, mais à la qualité de parent, de membre de la famille, le mot famille étant pris ici dans un sens très large et comprenant même les alliés.

Dans quelques autres législations antiques, dans l'ancien droit scandinave, par exemple, on trouve en faveur des alliés une autre disposition de droit criminel ; la loi légitime le meurtre lorsque l'homme frappé a été surpris en flagrant délit avec une des sept personnes suivantes : la femme, la mère, la fille, la sœur, la belle-mère, la belle-sœur ou la bru du meurtrier (2). Dans les quatre premiers cas, l'homicide est légitimé en faveur de la parenté proprement dite, dans les trois derniers en faveur de l'alliance.

§ II. — L'alliance, empêchement de mariage.

Dans les législations anciennes jusqu'au droit romain,

(1) Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, vol. 1, p. 15-16 ; Dareste, *Les plaidoyers civils de Démosthène*, traduits et annotés. Paris, 1875, 2 vol. ; vol. 1, p. 274, note 28 ; vol. 2, p. 42 et 55-56, note 29 (*plaidoyer contre Macartatos*). — Voici, d'après le marbre d'Athènes, le passage de la loi de Dracon intéressant les alliés : « Les cousins, les fils de cousins, les gendres, les beaux-frères, les membres de la phratricie concourront à la poursuite ».

(2) Dareste, *L'ancien droit scandinave, Norvège*. Extrait du *Journal des Savants* Paris, 1881, p. 13.

on ne trouve guère de prohibition de mariage entre alliés que dans la loi mosaïque : celle-ci établit à ce sujet un système d'empêchements beaucoup plus étendus que ceux du droit moderne.

Cependant la croyance contraire est plus généralement admise : on s'imagine communément que les Israélites pratiquaient l'inceste, la polygamie et le lévirat, et cela d'une manière générale (1). Pour ce qui est de la polygamie et de l'inceste, il est certain que ces deux institutions florissaient au début chez les Juifs (2), comme chez beaucoup de peuples anciens ; mais la coutume les avait déjà condamnées lorsque Moïse leur porta le dernier coup. Quant au lévirat (nous verrons plus loin qu'on appelle ainsi l'obligation pour un individu d'épouser après la mort de son frère la veuve de celui-ci, c'est-à-dire sa propre belle-sœur) ce n'était chez les Hébreux qu'un cas particulier. Les prohibitions de mariage étaient entre beau-frère et belle-sœur la règle générale, basée sur la morale uni-

(1) Voltaire n'a pas peu contribué à répandre cette opinion : « La Sainte Église juive, notre mère, que nous détestons, et que nous citons toujours, trouve très bon que le patriarche Jacob épouse les deux sœurs à la fois ; elle défend dans le Lévitique de se marier à la veuve de son frère ; elle l'ordonne expressément dans le Deutéronome ; et la coutume de Jérusalem permettait qu'on épousât sa propre sœur... » (Voltaire, *Dialogues et entretiens philosophiques, Le dîner du comte de Boulainvilliers, II*). — Ce passage d'une érudition un peu superficielle, où l'on retrouve toute la verve de Voltaire, mais où l'on regrette de rencontrer aussi son habituel parti pris, est un de ceux qui peuvent servir à justifier le jugement porté par Montesquieu sur Voltaire historien : « Voltaire n'écrit jamais une bonne histoire ; il est comme les moines qui n'écrivent pas pour le sujet qu'ils traitent, mais pour la gloire de leur ordre. Voltaire écrit pour son couvent. » (Montesquieu, *Pensées diverses, des Modernes*).

(2) Jacob épousa successivement Lia, puis la sœur de celle-ci, sa belle-sœur par conséquent, Rachel (*Genèse, xxix*).

verselle et applicable dans la pensée du législateur, non seulement aux Juifs, mais à tous les peuples ; à ce titre elles prenaient place au Lévitique. Le lévirat au contraire, dont il est question surtout dans le Deutéronome, n'était qu'une exception, applicable à un seul peuple, le peuple juif, et dans un seul cas, celui où le défunt ne laissait pas d'enfant (1) : si le défunt laissait un enfant, fût-ce une fille, il n'y avait pas lieu au lévirat, et l'on revenait alors à la règle générale, celle de la prohibition de mariage, dont il reste maintenant à déterminer l'étendue.

Entre tous les alliés en ligne directe, le Lévitique interdit le mariage ou le commerce charnel et les punit de mort (2).

En ligne collatérale, il n'y a empêchement qu'entre certains alliés. Il est défendu d'épouser la femme de son frère (sauf quand elle n'a pas d'enfants, auquel cas le lévirat est imposé) : « *Qui duxerit uxorem fratris, rem facit illicitam* (3). » C'est cette chose illicite, c'est ce crime qu'avait commis Hérode en épousant Hérodiade et que saint Jean-Baptiste lui reprochait en ces termes :

(1) V. sur ce point. — Le Ridant, *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, Paris 1753, p. 269 et 270 ; X. Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles, Paris, an IX, 2 vol.; t. II, p. 214.

(2) « *Turpitudinem nurus tuæ non revelabis, quia uxor filii tui est, nec discooperies ignominiam ejus. — Turpitudinem uxoris tuæ et filiae ejus non revelabis : filiam filii ejus, et filiam filiae illius non sumes, ut reveles ignominiam ejus ; quia caro illius sunt : et talis coitus incestus est* ». (Lévit., XVIII, 15 et 17). — *Qui dormierit cum noverca sua et revelaverit ignominiam patris sui, morte moriantur ambo. — Si quis dormierit cum nuru sua, uterque moriatur, quia scelus operati sunt.* » (Lévit., XX, 11 et 12).

(3) Lévit., XX, 21. — « *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitude fratris tui est* ». (Ibid., XVIII, 16).

« *Non licet tibi habere eam* (1) ». Le mariage et le commerce charnel sont encore prohibés avec la tante par alliance, la veuve de l'oncle (2), ce en quoi la loi hébraïque est plus sévère que la plupart de nos lois modernes, dans lesquelles le mariage entre alliés au degré d'oncle et de tante est autorisé.

Outre les Hébreux, il est probable que les peuples de race aryenne, en vertu de leurs tendances à l'exogamie (3), devaient interdire le mariage entre alliés, au moins rapprochés. Mais, faute de documents anciens et précis sur leur législation, nous en sommes à peu près réduits à observer les vestiges qu'elle a pu laisser dans des civilisations plus récentes. C'est ainsi que de nos jours, M. Sumner Maine croit avoir retrouvé la trace des institutions aryennes dans l'organisation de la famille chez les Slaves du sud. Chez eux, la parenté naturelle et légitime, l'adoption, le parrainage sont des sources très étendues de prohibitions de mariage. Il en est de même de l'alliance, et de l'alliance comprise dans un sens extrêmement large : on ne peut épouser ni sa belle-sœur, ni une parente de celle-ci, et même, dit M. Sumner Maine,

(1) *Math.*, xiv, 4. — « Herodes Antipas n'eust pas décollé saint Jehan Baptiste, se le disner qu'il fist n'eust été si plein de glotonnie et d'inceste ». (J. de Vignay. *Eschecs moralisés*, f° 68).

(2) « *Qui coierit cum uxore patruï vel avunculi sui, et revelaverit ignominiam cognitionis suæ, portabunt ambo peccatum suum : absque liberis morientur* ». (*Lévit.*, xx, 20). — « *Turpitudinem patruï tui non revelabis, nec accedes ad uxorem ejus quæ tibi affinitate conjungitur* ». (*Ibid.*, xviii, 14).

(3) On appelle exogamie, par opposition à l'endogamie, l'habitude qu'ont les hommes d'une peuplade ou d'une tribu de prendre femme en dehors de cette peuplade ou de cette tribu, à plus forte raison en dehors de leurs parents ou alliés.

« un jour de noces, le garçon d'honneur doit se plier à une série de formalités qui lui interdisent de chercher désormais une épouse dans la famille de la fiancée, tout comme s'il était lui-même le frère naturel du fiancé (1). »

§ III. — L'alliance et le lévirat (2).

Le lévirat est l'obligation, imposée par la coutume ou par la loi au lévir ou frère du mari mort sans enfants, d'épouser sa belle-sœur devenue veuve. Si le défunt n'a pas laissé de frère, l'obligation d'épouser la veuve incombe au parent le plus rapproché. Le lévirat se rattache à l'alliance, objet de notre étude, en ce sens qu'il n'est obligatoire que pour les alliés de la veuve : celle-ci ne doit épouser qu'un des parents de son mari, c'est-à-dire un de ses propres alliés, soit au degré de beau-frère, soit à un degré plus éloigné.

On a cru longtemps cette coutume spéciale aux Hébreux ; mais elle se retrouve dans les races les plus diverses, avec un caractère parfois facultatif, le plus souvent obligatoire.

Ainsi, chez les Arabes, le mariage entre la veuve et son beau-frère n'est pas imposé, mais il est très bien vu

(1) Sumner Maine, *De l'organisation juridique de la famille chez les Slaves du Sud et chez les Rajpoutes*, Paris, 1880.

(2) Pour plus amples détails sur le lévirat, qui ne sera étudié ici que très succinctement, consulter : Letourneau, *Evolution du mariage et de la famille*, Paris 1888, p. 327. — Starcke, *La famille primitive, ses origines et son développement*, Paris, 1891, p. 139 et s. — Dareste, *Les anciens Codes brahmaniques*. Extrait du *Journal des Savants*, janvier-février 1884, p. 4 et 5. — Le Ridant, *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, Paris, 1753, p. 269 et 270. — X., *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles*, Paris, an IX, 2 vol., t. II, p. 214.

parce qu'il permet de conserver le patrimoine dans la même famille. Un usage semblable en vertu du même principe se rencontre chez les Fidjiens (1) et chez les Kurnai de la Nouvelle-Hollande. De nos jours encore on retrouve le lévirat facultatif dans certaines peuplades du Brésil restées à un degré assez primitif de civilisation. Chez elles, en cas de mort du mari, le frère le plus âgé de celui-ci, et, à son défaut, le parent le plus rapproché dans la ligne paternelle a la faculté par préférence à tout autre homme d'épouser la veuve du défunt. « Il s'agit d'ailleurs là d'un droit, d'un privilège et non d'une obligation. Peut-être exprimerait-on même mieux cet usage en disant qu'à la mort du mari, sa veuve appartient à son frère, sans que celui-ci soit tenu d'accepter cette acquisition (2). » Faute de parents paternels de son mari disposés à l'épouser, la veuve revient alors à son propre frère qui, dans ce cas, peut légitimement épouser sa sœur.

Le lévirat obligatoire est pratiqué en Mélanésie, à la Nouvelle-Calédonie, chez les Peaux-Rouges (surtout les Chippehouays), au Nicaragua, chez les Afghans, chez les Ostiaks, chez les Kirghiz et en général chez les Mongols nomades. Livingstone et Mackenzie ont pu vérifier son existence chez les Béchuanas, avec tous les caractères qu'il présente dans la loi de Moïse (3).

(1) Starcke, *op. et loc. cit.* — Lewis Morgan. *Systems of consanguinity and affinity of the Human Family*, Smithsonian contributions to Knowledge, Washington city, 1871, vol. xvii, p. 583.

(2) Glasson, *Les Institutions primitives au Brésil*, Paris, 1889, p. 17 et 18.

(3) Livingstone, D. *Missionary Travels and Researches in South Africa*, London, 1857, p. 185. — Il existe aussi à Madagascar, s'il faut en croire Sibrée (*Madagascar*, Leipzig, 1881, p. 275) et Ratzel (*Völkerkunde*, Leipzig, 1885, vol. II, p. 512).

Souvent le lévirat s'applique du vivant même de l'époux : il prend quelquefois dans ce cas spécial le nom de niyoga (1). En Abyssinie par exemple, si l'époux a été victime d'une mutilation fréquente pour le vaincu dans les guerres abyssiniennes, il est frappé de ce qu'on a pu appeler la *mort virile*, et son frère lui succède dans ses droits et devoirs d'époux (2).

Les Hindous, au moins à l'origine, connaissaient le niyoga et en subordonnaient l'exercice à ces deux seules conditions que les époux n'eussent pas d'enfants et que la femme fût autorisée par son mari (3). Le lévirat proprement dit était aussi imposé par la loi de Manou, même si le défunt n'était encore que fiancé (4).

Quant au lévirat hébraïque, il est mentionné deux fois dans la Bible (5). En premier lieu, dans la *Genèse* : « Juda dit donc à Onan, son second fils : Épousez la femme de

(1) Le niyoga a dû être antérieur au lévirat. Consulter en ce sens : J.-D. Mayne, *Treatise on Hindu Law and Usage*, 3^e éd. London, 1883, p. 59 et s.; Starke, *op. cit.*, p. 141 et s. — En sens contraire : H. S. Maine, *Ancient Law*, London, 1861, p. 130; Mac Lennan. D. *The patriarchal theory*, London, 1885, p. 270.

(2) V. d'Abbadie, *Douze ans de séjour dans la haute Ethiopie*, p. 273.

(3) *Lois de Manou*, traduct. Loiseleur-Deslongchamps, Paris, 1833, ix, 59-64.

(4) *Lois de Manou*, ix, 69-70.

(5) Il en est aussi question dans l'Évangile. Les Sadducéens posent des objections à Jésus-Christ et, sous une forme insidieuse, font assez bien ressortir un des côtés choquants du lévirat : « *In illo die accesserunt ad eum Sadducæi, qui dicunt non esse resurrectionem; et interrogaverunt eum. — Dicentes: Magister, Moyses dixit: Si quis mortuus fuerit, non habens filium, ut ducat frater ejus uxorem illius, et suscite seminem fratri suo. — Erant autem apud nos septem fratres: et primus, uxore ducta, defunctus est; et non habens semen, reliquit uxorem suam fratri suo. — Similiter secundus, et tertius, usque ad sep-*

votre frère et vivez avec elle, afin que vous suscitez des enfants à votre frère. » (*Genèse*, xxxviii, 8). Puis dans le *Deutéronome* : « Lorsque deux frères demeurent ensemble et que l'un d'eux sera mort sans enfants, la femme du mort n'en épousera point d'autre que le frère de son mari qui la prendra pour femme et suscitera des enfants à son frère. Et il donnera le nom de son frère à l'ainé des fils qu'il aura d'elle, afin que son nom ne se perde pas dans Israël. » (*Deutéronome*, xxv, 5-6).

Le lévirat hébraïque est, au fond, une obligation plus morale que légale. Le frère du défunt peut à la rigueur s'y refuser, mais alors il encourt le mépris public et s'expose à la cérémonie dégradante que décrit en ces termes le *Deutéronome* : « S'il ne veut pas épouser la femme de son frère qui lui est due selon la loi, cette femme ira à la porte de la ville et elle s'adressera aux Anciens et leur dira : Le frère de mon mari ne veut pas susciter dans Israël le nom de son frère ni me prendre pour femme. Et aussitôt ils le feront appeler et ils l'interrogeront. S'il répond : Je ne veux pas épouser cette femme-là, la femme s'approchera de lui devant les Anciens, lui ôtera son soulier du pied et lui crachera au visage, en disant : C'est ainsi que sera traité celui qui ne veut pas établir la maison de son frère. Et sa maison sera appelé la *maison du déchaussé*. » (*Deutéronome*, xxv, 7-10).

Il est à remarquer que les Hindous admettaient le niyoga et le lévirat, tandis que les Hébreux admettent seulement le lévirat. En outre, chez les Hébreux, le lévir épouse la veuve ; dans les lois de Manou, au contraire,

timum. — Novissime autem omnium et mulier defuncta est. — In resurrectione ergo cujus erit de septem uxor ? omnes enim habuerunt eam. » (*Math.*, xii, 23-28). V. aussi : *Març.* xii, 19 et s., et *Luc.* xx, 28 et s.

celui qui exerce le *niyoga* ou le *lévirat* n'épouse pas la femme (1) et ne peut avoir d'elle qu'un enfant, jamais deux (2). Dans les deux législations d'ailleurs, l'enfant qui naît par la suite porte le nom du défunt.

Quels sont l'origine et le fondement juridique du *lévirat* ? D'après certains sociologistes, ce serait un reste de polyandrie. Il est vrai que le *lévirat* se pratique de soi dans le régime polyandrique, mais on le rencontre chez certains peuples où l'on ne trouve pas trace de polyandrie (Hindous, Mongols, Abyssins, Hébreux, Peaux-Rouges). Pour quelques auteurs, il y a là une adoption fictive de l'enfant à naître par son oncle défunt (3). D'autres enfin expliquent le *lévirat* par le fait pour le frère d'hériter de la personne de la veuve que laisse son frère en mourant (4).

Peut-être y a-t-il dans chacune de ses opinions une part de vérité. Il semble cependant que l'institution du *lévirat* repose plutôt sur les deux idées suivantes. En pre-

(1) C'est du moins l'opinion de la majorité des auteurs, en particulier de M. Starcke, *op. et loc. cit.* — Le contraire est peut-être vrai cependant, au moins dans un cas. (*Lois de Manou*, ix, 69-70).

(2) *Lois de Manou*, ix, 60-61.

(3) Letourneau, *op. et loc. cit.*, qui remarque à l'appui de son opinion que dans les sociétés primitives ou barbares, l'adoption est largement pratiquée et équivaut absolument à la filiation réelle.

(4) H. Spencer, *The principles of Sociology*, 5^e éd., London, 1876, p. 679. et suiv. — Il existe dans la législation chinoise une disposition inspirée de la même idée de succession : quand la femme chinoise devient veuve, elle passe sous la puissance de ses fils, particulièrement de l'aîné ; n'appartenant plus alors à sa famille d'origine, mais à celle de son mari, elle est remariée par cette famille (il en est de même si elle n'était encore que fiancée, elle est remariée par les parents de son futur).

On a voulu rattacher aussi le *lévirat* au *matriarcat*. V. sur ce point, entre les ouvrages précédemment cités : Bachofen, *Das Mutterrecht*, Bâle, 1897.

mier lieu sur l'idée de consanguinité. L'enfant a dans les veines le sang de la famille du défunt, puisqu'il a été engendré par le frère ou le proche parent de celui-ci ; et cette idée est si bien la base du lévirat que, si le père n'est pas un parent du mari, l'enfant qu'il a engendré lui appartient au lieu d'appartenir au défunt ; c'est ce qui rattache le lévirat à la théorie générale de l'alliance, le lévir ne pouvant être qu'un parent du défunt, autrement dit un allié de la veuve. Le lévirat repose en second lieu sur l'idée un peu particulière que se faisaient de la paternité certaines législations primitives : en vertu de cette idée, plus juridique que physique, la femme appartenant à son mari, les enfants qu'elle met au monde doivent aussi lui appartenir par voie d'accession, même après sa mort (1).

Le but du lévirat est de donner au défunt, par le moyen d'un de ses parents, une descendance. C'est un des désirs les plus chers de l'homme que de laisser après lui des enfants dans lesquels il se sentira revivre : « Qui aurait assez peu de souci de soi-même, s'écrie l'orateur athénien, pour vouloir mourir sans descendance ? Il n'y aurait plus personne pour lui rendre le culte dû aux morts (2). » C'est de cette préoccupation qu'est née l'adoption ; c'est encore cette préoccupation qu'on retrouve dans toutes les législations primitives, le plus souvent avec un caractère religieux, et qui chez elles a donné naissance au lévirat.

D'après les lois de Manou, si l'homme doit tenir à laisser des descendants, c'est avant tout pour que ceux-ci

(1) Sur ce point, consulter : Starcke, *op. et loc. cit.* ; H. Spencer, *op. et loc. cit.* ; Letourneau, *op. et loc. cit.*

(2) Isée, VII.

fassent des sacrifices en son honneur et portent des offrandes sur son tombeau : par le sacrifice qu'un fils pieux offre pour son père, il peut le délivrer du séjour infernal où il expie ses fautes et lui ouvrir les mondes célestes (1). Chez les Hébreux, le but du lévirat, tout en conservant son caractère religieux, devient un peu plus pratique, un peu plus terre-à-terre. Il importe bien d'entretenir le culte des morts ; mais il s'agit surtout de continuer le nom du défunt, de perpétuer sa famille, qui ne veut pas perdre l'espoir de voir naître le Messie dans son sein ; il s'agit aussi de conserver le patrimoine dans la famille (2) ; il faut enfin perpétuer la race, la religion, et comme le dit Racine :

... de David éteint rallumer le flambeau (3).

Connaissant le but du lévirat, il nous est maintenant possible d'en déterminer en quelques mots le véritable caractère, au moins dans la loi de Moïse (4). Pour bien

(1) *Lois de Manou*, ix, 137 et 138.

(2) On peut rapprocher de cette conception hébraïque du lévirat l'obligation légalement imposée à Athènes au plus proche parent dans la ligne masculine d'épouser la fille qui restait sans père ni frère ; elle succédait à son père et se nommait pour cette raison ἐπίκληρος (ἐκκληρος, succession) ; on la trouve aussi désignée sous le nom de πατρώχος dans Hérodote et de πατρωϊῶχος dans la loi de Gortyne (V. Dareste, *La loi de Gortyne*, Extrait de la *Nouvelle Revue historique*, Paris, 1886). — Dans le cas de la fille héritière d'Athènes, comme dans le lévirat hébraïque, on veut conserver le patrimoine dans la famille ; dans les deux cas le moyen employé est le même, on marie l'héritière à un membre de cette famille. — V. sur ce point : Beauchet, *op. cit.*, tome I, p. 400 et s. ; A. Desjardins, *Mémoire sur la condition de la femme dans le droit civil des Athéniens*, 1865, p. 3-4.

(3) Racine, *Athalie*, acte I, scène II.

(4) Voir, sur ce point, l'ouvrage, sans nom d'auteur, attribué à un haut magistrat de la cour de Paris : *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles*, Paris, an IX, 2 vol. (t. II, p. 214

comprendre ce caractère du lévirat, il ne faut pas oublier la condition qui y est jointe, à savoir que le premier fils à naître sera le fils du défunt et portera son nom (1). Il en résulte que si le second mari n'a pas lui-même d'enfant et qu'il n'en obtienne qu'un de ce mariage, il risquera, en perpétuant le nom de son frère, de voir éteindre le sien. De plus, le fils né du lévirat succède à son père légal ; il le représente et prend sa part dans la succession des auteurs communs, si les partages ne sont pas faits : dans les deux cas, c'est au détriment de son père naturel, le lévir. On conçoit dès lors que les Israélites, profondément attachés à leurs biens, jaloux de leur nom qu'ils désiraient faire revivre dans une nombreuse postérité, aient eu peu d'inclination pour ces sortes de mariages. On peut en juger par l'action « détestable » que fit Onan pour ne point avoir d'enfants de Thamar, sachant que ces enfants ne seraient point à lui (2), et par la réponse d'Elimelech, qui, d'abord disposé à acheter un champ ayant appartenu à un de ses parents, se ravise aussitôt en apprenant qu'il lui faudra alors épouser la veuve Ruth pour faire revivre le nom de son parent : il refuse « parce que, dit-il, je ne dois pas m'exposer à laisser éteindre ma postérité (3). »

et s.), auquel nous empruntons presque intégralement les considérations qui suivent.

(1) Suivant l'usage des Israélites : David, fils d'Isaïe, Saül, fils de Cis.

(2) « *Sciens non nasci sibi filios.* » (Genèse, xxxviii, 9.)

(3) Certains auteurs traduisent : à perdre mon bien. Peut-être le texte prête-t-il, en effet, à ces deux versions. Le voici d'ailleurs en son entier : « *Si vis possidere jure propinquitatis, eme et posside. Sin autem displicet tibi, hoc ipsum indica mihi, ut sciam quid facere debeam. Nullus enim est propinquus, excepto te qui prior es, et me qui secundus sum. At ille respondit : Ego agrum emam. — Cui dixit Booz :*

Il n'y avait donc pas à craindre qu'on en vînt à abuser du lévirat, bien que cette institution dût avoir d'excellents résultats au double point de vue moral et politique (1).

D'ailleurs, on en arriva peu à peu à l'extinction totale du lévirat, et même, dans certaines législations, à la proscription absolue du mariage des veuves.

Quando emeris agrum de manu mulieris, Ruth quoque Mohabitidem, quæ uxor defuncti fuit, debes accipere: ut suscites nomen propinqui tui in hæreditate sua. — Qui respondit: Cedo juri propinquitatis: neque enim posteritatem familiæ meæ delere debeo: tu meo ulere privilegio, quo me libenter carere profiteor. » (*Ruth*, iv, v. 4-6).

(1) Au point de vue moral, le lévirat conservait la mémoire d'un frère après avoir adouci ses derniers moments par l'espoir de cette immortalité si désirée du peuple juif. De plus, il rappelait aux hommes les sentiments d'affection qui doivent exister entre ceux qu'unissent les liens du sang; il mettait en lumière ces sentiments en obligeant à les mettre en pratique. Il imposait parfois aux hommes une épreuve pénible, et devait servir de leçon à ceux qui, étant frères par le sang, ne le sont pas par le cœur et considèrent comme une joie d'être délivrés de leurs cohéritiers. — Au point de vue politique et économique, le lévirat contribuait à maintenir la répartition des richesses, répartition jugée importante dans une république dont l'égalité de droits, et même autant que possible de biens et de fortune, est la base principale. (Consulter: X. *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles*, loc. cit.)

II

Législation romaine ⁽¹⁾

Le droit romain offre à notre étude une véritable théorie de l'alliance (*affinitas*), accompagnée de tout un système de conséquences juridiques. Sur ce point, comme sur bien d'autres, la loi ne faisait que se conformer aux mœurs : nous savons en effet qu'à Rome, au moins sous la République, des liens d'affection et de respect existaient entre alliés ou affins (*adfines*, *affines*) comme entre consanguins (2). Reflétant ces coutumes familiales, le droit, même

(1) Consultez, parmi les ouvrages généraux : Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, Paris, 1847-1858, 6 vol. — Troplong, *Influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, 3^e éd. Paris, 1868. — Ortolan, *Législation romaine*, éd. Labbé : I. *Histoire de la législation romaine et généralisation du droit romain*, 12^e éd., Paris, 1884 ; II. *Explication historique des Institutes de Justinien*, 12^e éd., Paris, 1883. — Accarias, *Précis de droit romain*, 4^e éd., Paris, 1886-91. — Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891. — Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1898. — Etienne, *Institutes de Justinien*, traduites et expliquées, Paris, 1845. — Du Caurroy, *Institutes de Justinien*, traduites et expliquées, Paris, 1851.

Ouvrages spéciaux : Klenze, *Die Cognaten und Affinen nach Römischen Rechte in Vergleichung mit andern verwandten Rechten*. Extrait de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, t. vi, 1828. — Rivier, *Précis du droit de famille romain*, Paris, 1891. — Ed. Meynial, *Etude sur le mariage après les invasions*, *Nouvelle Revue historique*, 1896 (t. xx), p. 514 et 737 ; 1897 (t. xxi), p. 117 ; 1898 (t. xxii), p. 165. — Ledru, *Comment se forme le mariage en droit romain*, thèse, Paris, 1874. — Derrey, *Des empêchements de mariage (droit romain)*, thèse, Paris 1894.

(2) Dans son *Traité des devoirs*, auquel on a reproché de passer un peu sous silence les droits de famille, Cicéron parle néanmoins des devoirs qui incombent aux alliés. Enumérant les différents liens qui

dans sa rigueur et sa pureté primitives, même avant de « s'humaniser », avait fait une place aux alliés, en étendant et en réglementant leurs privilèges et leurs obligations, comme il étendait et réglementait peu à peu ceux des cognats, ou parents naturels au sens large du mot.

Là ne se bornent pas du reste les rapprochements qu'on peut établir entre l'affinité et la cognation. On le verra par la suite, les *affines*, de même que les cognats, sont dispensés de témoigner les uns contre les autres et ne peuvent être juges les uns des autres dans certaines causes criminelles (1) : comme la cognation, l'affinité se perd par la *capitis deminutio* (2), mais survit à l'adoption, à l'émancipation (3) ; enfin, c'est par une analogie avec la cognation, ou parenté naturelle, que le jurisconsulte Paul justifie l'admission d'une affinité se formant entre esclaves par le *contubernium* (4).

peuvent unir les hommes entre eux, il nomme d'abord la parenté, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, puis il ajoute : « *Sequuntur connubia et affinitates, ex quibus etiam plures propinqui.* » (Cicéron, *De Officiis*, liv. I, xvii ou 54). — On peut voir dans Aulu-Gelle (*Nuits Attiques*, liv. v, ch. 13) une discussion de citoyens graves et instruits sur l'ordre à suivre dans le classement des devoirs d'affection et d'assistance qu'on appelait à Rome *officia* : « *Conveniebat autem facile, constabatque ex moribus populi Romani primum juxta parentes locum tenere pupillos debere, fidei tutelæque nostræ creditos ; secundum eos proximum locum clientes... ; tunc in tertio loco esse hospites ; postea esse cognatos affinesque...* » Il rapporte aussi les avis de Caton, du grand pontife Caius César, de Masurius Sabinus ; ce dernier s'exprime ainsi : « *In officiis apud majores ita observatum est, primum tutelæ, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea adfini.* »

(1) Dig. I. 4, *de testibus*, xxii, 5 ; V. *infra*, ch. quatrième, iii.

(2) Dig. I. 4, § 11, *de gradibus, et adfinibus et nominibus eorum*, xxxviii, 10 ; V. *infra*, ch. second, iii *in fine*.

(3) Dig. I. 4, § 10, *eod titul.* ; V. *infra*.

(4) Dig. I. 14, § 3, *de ritu nuptiarum*, xxiii, 2. — Sur cette affinité résultant du *contubernium* ; V. *infra*, ch. second, ii.

Après avoir exposé quelques idées générales et élucidé quelques questions de terminologie concernant l'affinité à Rome, nous examinerons comment elle se forme et comment elle cesse ; nous l'étudierons ensuite comme empêchement de mariage, pour terminer enfin par un aperçu de ses autres effets juridiques.

CHAPITRE PREMIER.

Généralités. — Terminologie.

I. — ETYMOLOGIE DU MOT AFFINITAS.

On vient de voir que l'alliance est en latin désignée par le mot *affinitas* ou *adfinitas* (1). Quel est au juste le sens de ce terme ? La forme *adfinitas* indique qu'il vient de *ad finem*, *ad fines*. Mais si l'on est d'accord sur la décomposition étymologique du mot, les avis sont au contraire partagés sur la signification à lui attribuer.

A notre connaissance, trois explications ont été données de cette question : toutes trois se basent sur l'étymologie qu'on vient de lire ; toutes trois semblent assez plausibles.

La moins satisfaisante peut-être, mais non pas la moins originale, est celle de M. Rivier (2). Pour lui le mot *finis* a ici son sens propre et physique, le sens de borne, de limite, de confins. L'*adfinis* est celui qui touche aux limites

(1) Le mot *cognatio* est quelquefois employé avec la même signification. Ainsi Tite-Live parle d'individus *cognitionibus ex connubio juncti* ; mais ce n'est pas là une expression juridique.

(2) Rivier, *Précis du droit de famille romain*, p. 45.

de notre patrimoine, celui dont la propriété est contiguë à la nôtre, en un mot le voisin. Ceci nous transporte en pleine existence villageoise des *vici* et *pagi*, et aux similaires de la Grèce et de l'Inde, où les parents et alliés habitaient tout près les uns des autres.

Il est bien exact qu'en général les alliés, par suite même de leur mariage qui les faisait entrer dans une nouvelle famille, s'attachaient pour ainsi dire au flanc de cette famille et s'en éloignaient le moins possible pour établir leur foyer. Mais ce ne fut jamais là une règle absolue ; et, si d'une part tous les alliés n'étaient pas dans le voisinage, d'autre part aussi tous les voisins n'étaient pas des alliés.

D'après une seconde opinion qui a pour elle l'autorité du *Digeste* (1), le mot *finis* a bien encore dans *affinitas* le sens de limite, d'extrémité, mais pris cette fois au figuré. Deux familles existent, étrangères l'une à l'autre ; survient un mariage entre un homme et une femme appartenant chacun à une de ces familles : l'affinité est produite, chaque famille s'étant unie à une extrémité, à un rejeton, *ad finem* de l'autre.

Enfin quelques auteurs ont donné du mot *affinitas* une explication qui, pour être différente de celle du *Digeste*, ne semble cependant pas inconciliable avec elle. Ici *finis* aurait le sens de but ; c'est une signification que nous donnons souvent en français au mot fin. Chaque famille dans l'Etat, comme chaque individu dans la famille, a un but qu'elle tend toujours à atteindre, un rôle qu'elle s'efforce de remplir, dans les lettres ou dans la politique, dans la

(1) « *Adfines sunt viri et uxoris cognati: dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit...* » (Dig. l. 4, § 3, de grad. et adfinibus, xxxviii, 10.)

carrière des armes ou dans l'étude des lois ; chaque famille a son idéal ; chaque famille a ses traditions ; et dans une société organisée comme la société romaine, chaque famille a ses dieux. L'allié ou affin est alors l'individu qui, sans avoir vu le jour au sein de la famille, y est cependant entré au point que désormais il prend part au culte domestique, il conserve les mêmes traditions, il concourt au même but et tend aux mêmes fins, *ad easdem fines*, que sa nouvelle famille.

C'est qu'en effet, nous avons eu déjà l'occasion de le dire en passant, les mœurs romaines avaient fait une place à l'allié parmi les parents de son conjoint. Aux temps austères de la République, un gendre était à certains égards considéré comme un fils, et, pour n'en citer qu'un exemple, Cicéron, parlant de la bienséance et de la décence dans son *Traité des devoirs*, rapporte que les mœurs romaines ne permettaient pas à un gendre de se baigner avec son beau-père, pas plus qu'à un fils pubère de se baigner avec son père. Plutarque, dans sa *Vie de Caton*, fait également allusion à ce pudique usage des Romains (1).

II. — QU'EST-CE QUE L'AFFINITÉ ?

L'affinité est le lien qui se forme par le mariage entre l'un des époux et les parents de l'autre (2) ; il est à remar-

(1) « *Nostro quidem more cum parentibus puberes filii, cum soceris generi non lavantur.* » (Cicéron, *De Officiis*, liv. I, xxxv ou 129). — « Il (Caton) s'abstenait devant son fils de toute parole deshonnête avec autant de soin qu'il l'aurait fait devant ces vierges sacrées que les Romains appellent vestales. Il ne se baignait jamais avec lui : c'était un usage général à Rome, et les beaux-pères même se seraient bien gardés de se baigner avec leurs gendres ; ils auraient rougi de paraître nus devant eux. » (Plutarque, *Vie de Caton*, trad. Ricard, xxx.)

(2) V. *suprà*, p. 33, note 1.

quer qu'à ce point de vue le droit romain ne distingue pas entre les agnats et les cognats. Sont encore alliés les parents naturels de l'époux, enfants *vulgo concepti* ou enfants nés d'un concubinat (1).

Deux textes, empruntés aux *Fragments du Vatican*, appellent aussi affinité le lien qui se forme entre les deux époux eux-mêmes : « *Lege autem Papia ii adfinēs excipiuntur, qui vir et uxor... unquam fuerunt. — Excipiuntur et adfinium personæ, ut... vir et uxor...* (2). » D'après la terminologie moderne, il n'y a pas dans ce cas, affinité : dans notre droit, le mariage crée entre les époux des rapports d'un genre particulier qui ne se rattachent pas à l'affinité et qui dans une langue juridique parfaite exigeraient peut-être une dénomination spéciale. Mais en droit romain il y a bien réellement affinité entre les époux, les textes qu'on vient de lire suffisent à le prouver. Il semble cependant qu'il n'y ait pas à cela un grand intérêt pratique : les rapports juridiques des époux entre eux (régime de biens, donations..., etc.) sont, en effet, soumis à des règles spéciales. Dès lors à quoi bon considérer ces époux comme des alliés et leur appliquer les effets de l'affinité ? La question n'offre pas en effet grande importance, tant que dure le mariage ; mais elle peut présenter un réel intérêt lorsque le mariage est dissous, surtout s'il est dissous par le divorce, et l'on sait les proportions effrayantes qu'atteignit à Rome le nombre des divorces sous la République et l'Empire. Après le divorce, quelle est, en effet, la situation juridique des anciens époux l'un vis-à-vis de l'autre ? Ils ne sont pas parents, ils ne l'ont jamais été ; ils ne sont plus époux. Il faut alors qu'ils soient ou complètement

(1) V. *infra*, ch. second, II (texte de Scévola).

(2) *Fragm. Vatic.*, 218 et 302. V. *infra*, ch. quatrième, I, *in fine*.

étrangers l'un à l'autre ou alliés ; c'est cette dernière solution que consacre le droit romain. Les termes mêmes du § 218 des *Fragments du Vatican* indiquent bien qu'il a spécialement en vue les époux divorcés : « *qui vir et uxor... unquam fuerunt.* » On doit en conclure que tout texte visant d'une manière générale les *affines* atteint par là-même les époux. C'est ce que décident explicitement les deux textes précédemment cités, à propos de la capacité d'acquérir par succession (loi Julia et Papia Poppœa) et à propos du taux maximum des donations (loi Cincia) ; c'est ce que décide encore un texte du *Code* en matière d'institution d'héritier : « *Non ideo minus uxor tua jure heres videtur instituta, quod non uxor, sed adfinis testamento nominata est* (1). »

Une question plus délicate est celle de savoir si à Rome il y avait affinité, non seulement comme on vient de le dire entre l'un des époux et les parents de l'autre, mais encore entre les parents de l'un et les parents de l'autre. MM. du Caurroy et Accarias n'hésitent pas à l'affirmer (2). Ils se fondent sur un passage du *Digeste* (3), d'après lequel les femmes des deux frères s'appellent *janitrices* ou *ἐναντερες*.

(1) Cod. l. 5, de *hered. instit.* VI, 24.

(2) Du Caurroy, *Institutes de Justinien*, trad. et expliquées, Paris, 1851, p. 95 et suiv.; Accarias, *Précis de droit romain*, 4^e édit., Paris, 1886-1891, vol. I, p. 225.

(3) « *Duorum fratrum uxores janitrices dicuntur, apud Græcos ἐναντερες: quod uno-versu idem Homerus significat:*

Ἡ ἐ πῇ ἐς γαλῶν ἡ ἐναντέρων εὐπέπλων

Id est:

Sive alicubi inglorium aut inaterum speciosis peplis. »

(*Dig.*, l. 4, § 6, in *fine, de grad. et adfin.*, xxxviii, 10). C'est d'ailleurs là un sens tout particulier du mot *janitrix*, dont la signification habituelle est : portier (*de janua*, porte) d'où l'anglais *janitor* et *janitress*, concierge.

Nous pensons avec M. Etienne (1) que ces dénominations empruntées à la poésie ne servent à rien dans le droit, puisqu'elles n'ont aucun effet juridique. Il existe en effet aux *Institutes* et au *Digeste* (2) des textes permettant à un fils du premier lit du mari d'épouser la fille du premier lit de la femme : donc pas de prohibition de mariage entre les parents d'un époux et les parents de l'autre ; partant, semble-t-il, pas d'alliance. A cela, M. du Caurroy répond en invoquant au contraire le même passage des *Institutes* en sa faveur : après avoir, dit-il, indiqué quels sont les mariages prohibés *affinitatis veneratione*, le texte ajoute que cependant (*tamen*) mes enfants peuvent épouser les enfants de ma femme ; ils sont donc alliés et c'est par exception qu'ils échappent à la règle de la prohibition de mariage. Et M. Accarias d'ajouter : qu'on n'aille pas nier l'existence d'une affinité entre les parents des deux époux, sous prétexte que cette alliance n'a pas d'effets juridiques ;

(1) Etienne, *Institutes de Justinien*, trad. et expliquées, Paris-Aix, 1845, vol. 1, p. 108. — Quoi qu'en dise cet auteur, en exposant la théorie de M. du Caurroy pour la combattre, ce n'est pas le frère du beau-frère que le *Digeste* appelle δαῖψ, mais le beau-frère lui-même, ni la sœur du beau-frère qui s'appelle γαλως, mais la belle-sœur ou sœur du mari : « *Viri frater, levir; is apud Græcos δαῖψ appellatur, ut est apud Homerum relatum; sic enim Helena ad Hectorem dicit:*

Δαῖψ ἐμέϊο κυνὸς καχομηχανοῦ ὀκρυοέσσης

Id est:

Levir mei canis, omnis mali causatrix horridæ.

Viri soror glos dicitur; apud Græcos, galos. » (Dig. l. 4, § 6, in med., de grad. et affn. xxxviii, 10).

(2) « *Mariti tamen filius ex alia uxore, et uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.* » (*Instit. l. 1, tit. x, de nupt. § 8.*) — « *Inter privignos contrahi nuptiæ possunt, et si fratrem communem ex novo parentum matrimonio susceptum habeant.* » (*Dig., l. 34, § 2, de rit. nupt. xxiii, 2.*) — V. aussi : *Dig., l. 134, pr., de verb. obligationibus, xlv, 1.*

car, même entre un conjoint et les parents de l'autre, l'alliance reste sans effet au-delà d'une certaine limite : la parenté elle-même perd ses effets quand elle est trop éloignée.

Voilà donc une affinité qui n'aura aucune conséquence juridique : en effet, d'une part elle ne saurait, comme on vient de le voir, constituer un empêchement de mariage ; d'autre part elle ne produira aucun des autres effets que nous reconnaitrons plus tard à l'affinité proprement dite, par exemple au point de vue de la procédure ; c'est du moins la conséquence à laquelle nous sommes amenés en l'absence de tout texte précis, et nous ne pensons pas que MM. Accarias et du Caurroy aient soutenu le contraire.

Quels seront donc les effets de cette singulière affinité ? Ils se borneront sans doute, comme le dit M. Ortolan, à des relations amicales entre les deux familles. Et dès lors, que nous importe la question de savoir si cette affinité existe ou non, puisque nous n'aurions pu l'étudier qu'au point de vue de sa nature et de ses résultats juridiques ?

Nous croyons même pouvoir aller plus loin et affirmer catégoriquement que cette affinité entre les parents des deux époux n'existe pas en droit romain. En effet, l'affinité est aux yeux des jurisconsultes romains un lien purement civil (1). Or, que penser d'un lien civil qui ne produit aucun effet juridique, c'est-à-dire aucun effet civil ? C'est un lien qui n'existe pas.

Le droit romain reconnaît donc deux sortes d'affinités. La première, qu'on pourrait appeler affinité improprement dite, existe entre deux époux, ou peut-être plus exactement entre deux anciens époux ; cette affinité d'un genre

(1) « *Conjungendæ adfinitatis causa fit ex nuptiis.* » (Dig., l. 4, § 3, in fine, de grad. et adfin., xxxviii, 10).

particulier n'offrant pas grand intérêt au point de vue de la théorie générale de l'alliance, il suffira de l'avoir indiquée sans qu'il y ait désormais lieu d'y revenir. La seconde sorte d'affinité admise par le droit romain et correspondant à notre alliance est celle qui se forme par le mariage entre l'un des époux et les parents de l'autre. Elle n'existe pas, nous croyons l'avoir démontré, entre les parents des deux époux ; et Cujas, qui partage cette manière de voir, la justifie par une comparaison un peu familière, mais saisissante : « ainsi que deux morceaux de bois, dit-il, sont joints avec de la colle, de même les deux cognations sont unies de telle sorte que ce soient seulement les points extrêmes qui se trouvent rapprochés. » N'est-ce pas là une traduction imagée et fidèle de ce passage du *Digeste*, d'après lequel une des familles se joint par l'affinité à l'extrémité de l'autre, *ad finem* (1) ?

III. — TERMINOLOGIE.

Les alliés, rangés sous l'appellation générique d'*affines* avaient aussi une dénomination spéciale à chacun, suivant le degré et la nature de leur affinité (2).

En ligne directe, ces dénominations étaient très usitées, même dans le langage courant. Le gendre ou mari de la fille s'appelait *gener* ; la bru ou épouse du fils était désignée par le mot *nurus*, qui a donné notre vieux français *nore*. Vis-à-vis du gendre et de la bru, le beau-père et la belle-mère, c'est-à-dire le père et la mère du conjoint, recevaient respectivement les noms de *socer* et *socrus*. Avec la préposition *pro* on montait ou l'on descendait d'un

(1) V. *supra*, p. 33, note 1.

(2) V. *Dig*, l. 4, § 3 et s, de *grad. et adfinibus*.

degré : le grand père d'un époux était pour l'autre *prosocer*, sa grand'mère *prosocrus*, le mari de la petite-fille *progener*, la femme du petit-fils *pronurus*. Le latin est à cet égard plus riche que notre langue française.

En cas de secondes noces des parents, les enfants du premier lit, beaux-fils ou belles-filles, étaient dits *privigni* ou *privignæ* (de *prius nati*, nés auparavant) par rapport au second conjoint de leur auteur, lequel prenait vis-à-vis d'eux le nom de *vitricus*, beau-père, parâtre, ou de *noverca*, belle-mère, marâtre (1). Ces termes se retrouvent, à peine déguisés par des désinences françaises, sous la plume de nos vieux auteurs, des érudits surtout, témoin ce passage de Rabelais : « ... comme vous sçavez que rare est l'affection des peratres, *vitrices*, *noverces* et meratres envers les *privings* et enfans des defuncts premiers pères et mères (2). »

En ligne collatérale, quelques-uns des alliés les plus rapprochés avaient aussi reçu des noms spéciaux ; le beau-frère, frère du mari, se nommait *levir* ; la belle-sœur, ou sœur du mari, *glos* (3). Mais ces appellations étaient demeurées à peu près inconnues de la langue cou-

(1) Nous n'entrerons pas dans le détail de tous les textes concernant la *noverca*. Voici les principaux. On se défie de ses séductions qui ont pu inspirer un testament défavorable à ses beaux-fils. (D. l. 4, *de inoffic. testamento*, v, 2) ; l'*actio furti* est admise contre elle (Cod. l. 11, *de furt. et servo corrupt.*, vi, 2) ; v. enfin pour l'*obsequium* dû par les affranchis de la *noverca* aux beaux-fils de celle-ci : Cod. l. 7, *de obsequiis*, vi, 6. — V. aussi l'intéressante étude de mon excellent ami et confrère F. Morel : *De la protection légale des enfants de premier lit*, Thèse, Paris, 1900.

(2) Rabelais, *Pantagruel*, liv. III, ch. XLIV.

(3) Dig., l. 4, § 6 *in fine*, de *grad. et adfin.*, xxxviii, 10, texte cité *supra*, p. 37, note 1. — On trouve encore dans Cicéron le mot *frater* avec le sens de beau-frère, et dans Festus le mot *fratria* signifiant belle-sœur

rante ; elles ne semblent avoir été familières qu'aux hommes de lettres, aux poètes et à quelques rares jurisconsultes.

Au début de ce rapide exposé, nous avons parlé de degrés d'affinité. Cette expression, conforme à la terminologie du droit moderne, n'est pas absolument exacte en droit romain. Un texte de Modestin, au *Digeste*, dit au contraire formellement qu'il n'y a pas de degrés dans l'affinité : « *Gradus autem adfinitati nulli sunt* (1). » En effet, dans la parenté proprement dite, la notion de degré s'impose par le fait même des générations successives qui créent le lien de parenté ; mais dans l'affinité, les alliés ne descendant pas les uns des autres, il ne peut être question de degrés que par analogie avec la parenté.

Cette analogie devait être en grande partie l'œuvre du droit canonique, et cela pour deux raisons. La première est dans la conception du mariage en droit canonique, conception qui porta, comme on le verra par la suite, les papes et les conciles à assimiler complètement l'affinité à la parenté : comme on distinguait des degrés dans la parenté, il était dès lors tout naturel qu'on en distinguât de même dans l'affinité. En second lieu, par le fait même de cette assimilation absolue de l'affinité et de la parenté, le droit canonique fut amené à édicter des prohibitions de mariage très étendues entre alliés ; pour la commodité et la rapidité de la discussion, il devint alors plus facile de s'exprimer par degrés ; il est plus bref et plus aisé de

ou sœur du mari. — Le plus souvent, on emploie une périphrase : *frater viri, vir sororis, uxor fratris, soror uxoris*.

(1) *Dig.* l. 4, § 5, de *grad. et adfin.*, xxxviii, 10. Remarquer aussi en ce sens la rubrique même du titre : *de gradibus et adfinibus*.

dire : un allié au septième degré que : *vir aut uxor trinepotis fratris aut sororis* (1).

En droit romain, ces raisons n'existaient pas. Les prohibitions de mariage, surtout en ligne collatérale, ne survinrent qu'assez tard et furent toujours restreintes aux alliés les plus rapprochés. D'autre part les jurisconsultes romains ne songèrent jamais à assimiler l'affinité à la parenté. On conçoit dès lors qu'ils n'aient pas senti la nécessité de distinguer des degrés dans l'alliance.

Et cependant cette idée fut au moins entrevue par eux : il est en effet question de degrés d'affinité dans un texte de Paul, que le compilateur n'a pas craint d'introduire au *Digeste*, presque à la suite du texte précédemment cité de Modestin dont il est cependant la formelle contre-partie : « *Jurisconsultus*, dit-il, *cognatorum gradus et adfinium nosse debet* (2). »

CHAPITRE DEUXIÈME

Formation et cessation de l'affinité.

Ces quelques préliminaires posés, nous pouvons désormais examiner quels sont les causes et les effets de l'affinité.

Mais, pour éviter toute confusion, une distinction s'impose en ce qui concerne les causes de l'affinité, autrement dit les faits juridiques qui lui donnent naissance. Nous

(1) V. *infra*, notre étude sur le droit canonique, et spécialement ch. second, 1.

(2) D., l. 10, pr, *de grad. et adfin.*, xxxviii, 10.

constaterons que les justes nocces produisent l'affinité, et nous aurons à nous demander s'il en est de même des fiançailles, du concubinat, du *contubernium* et de l'union illégitime. Or on verra que ces quatre faits entraînent un empêchement de mariage; il s'agira de savoir si cet empêchement s'explique par une affinité ou par des considérations de décence et de morale; en d'autres termes il faudra se demander si les fiançailles, le concubinat et le *contubernium* donnent naissance à une véritable affinité ou simplement à un empêchement de mariage. Il faut soigneusement distinguer les deux questions: celle de l'existence de l'affinité, question discutable qui sera immédiatement examinée; celle de l'empêchement de mariage, question nettement tranchée par les textes, et qui sera développée dans le chapitre suivant.

Après avoir déterminé comment se forme l'affinité, nous étudierons également sa cessation. Aussi bien les deux questions se touchent et trouvent tout naturellement place dans le même chapitre.

I. — FORMATION DE L'AFFINITÉ PAR LE MARIAGE

ET LES FIANÇAILLES.

L'affinité se forme par les justes nocces: « *conjungendæ adfinitatis causa fit ex nuptiis* » dit Modestin (1). Nous avons eu déjà l'occasion de le remarquer, l'affinité est à Rome un lien purement civil, résultant d'un acte juridique, le mariage.

Pour produire l'affinité, les *justæ nuptiæ* doivent être valables; un mariage nul n'a pas d'effet et ne saurait par suite engendrer une alliance: « *Sciendum est neque*

(1) D., l. 4, § 3, *in fine*, de *grad. et adfin.*, xxxviii, 10.

cognitionem neque affinitatem esse posse, nisi nuptiæ non interdictæ sint, ex quibus adfinitas conjungitur (1). »

Mais le mariage licite entraîne toujours affinité, même s'il n'intervient qu'entre simples affranchis : « *Libertini libertinæque inter se adfines esse possunt* (2). »

Les *justæ nuptiæ* ne donnent naissance à l'affinité que pendant leur durée : elles ne peuvent l'établir en d'autres termes qu'entre l'un des époux et les parents de l'autre qui sont nés ou au moins conçus avant la dissolution du mariage. L'union une fois dissoute, de nouveaux parents peuvent survenir à l'un des anciens époux, ils ne deviennent pas les alliés de l'autre époux : c'est ce que dit incidemment un texte des *Institutes*, que l'on retrouvera plus loin et d'après lequel l'enfant du second lit d'une femme divorcée n'est pas l'allié du premier mari de celle-ci (3). En un mot, le mariage dissous ne peut plus produire d'affinité.

Modestin, dans le passage qu'on vient de lire, semble bien affirmer que l'affinité ne résulte que des justes noces. Plusieurs textes cependant reconnaissent le même effet aux fiançailles. L'un d'eux, tiré des *Fragments du Vatican* (*ad legem Cinciam de donationibus*), considère comme affines le fiancé et la fiancée : « *Excipiuntur et adfinium personæ, ut privignus privigna... sponsus sponsa* (4). » D'autres textes, empruntés au *Digeste*, constatent l'existence d'un lien d'affinité entre l'un des fiancés et les

(1) *Dig.*, l. 4, § 8, *de grad. et adfin.*, xxxviii, 10. — V. au sujet du mariage putatif, *infra*, ch. troisième, iv, § 1.

(2) *Dig.*, l. 4, § 9, *eod. tit.*

(3) *Institut.*, liv. 1, tit. 10, *de nupt.*, § 9. V. *infra*, ch. troisième, iii, alinéa 2.

(4) *Frag. Vatic.*, § 302.

parents de l'autre, par une sorte d'effet anticipé du mariage qui doit s'accomplir : « *Generi et nurus appellatione sponsus quoque et sponsa continetur : item soceri et socrus appellatione sponsorum parentes contineri videntur. — Servius recte dicebat soceri et socrus et generi et nurus appellationem etiam ex sponsalibus adquiri* (1). »

L'affinité résulte donc aussi des fiançailles : nous retrouverons du reste cette affinité en droit criminel et nous verrons que son existence entre le meurtrier et sa victime fait de l'homicide simple un parricide, passible comme tel de peines spéciales (2) ; nous verrons aussi qu'elle suffit à dispenser le fiancé et le parent en ligne directe de son futur conjoint de déposer l'un contre l'autre dans les *judicia publica*. Le texte qui contient cette dernière disposition est même conçu en termes très explicites qu'il ne semble pas inutile de rapprocher des textes déjà cités : « *In legibus quibus excipitur ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiæ contineri placet ; item soceri sponsæ patrem* (3). »

Est-ce à dire pour cela que le fiancé et les parents de son fiancé soient considérés en tous points comme de véritables affins ? Faut-il leur appliquer notamment les dispositions qui concernent les alliés à propos du *jus nominandi potioris* (4) et au titre de *postulando* (5), disposi-

(1) *Dig.*, l. 6, § 1 et l. 8, de *grad. et adfin.*, xxxviii, 10.

(2) *Dig.*, l. 3 et 4, de *lege Pompeia de parricidiis*, xlviii, 9. — V. *infra* ch. quatrième, II.

(3) *Dig.* l. 5, de *testibus*, xxii, 5, V. *infra*, ch. quatrième, III. — V. aussi : *Dig.* l. 8, de *condict. causa d. c. n. s.* xii, 4 ; et *Dig.* l. 14, § 4, in *fine*, de *ritu nupt.* xxiii, 2 (v. *infra*, ch. troisième, III, note).

(4) Paul, *Sent.*, II, 28 ; *Frag. Vatic.*, 218 et 219. V. *infra*, chap. quatrième, I et III.

(5) *Dig.*, liv. I, § 11, de *postulando*, III, 1, et l. 3, § 2, *ibidem*.

tions qui ne prévoient pas expressément le cas de simples fiançailles? La question est délicate : quelques expressions des jurisconsultes romains donnent même à supposer qu'ils ne la résolvaient pas tous d'une manière identique (1). Cependant, si l'on nous mettait en demeure de nous prononcer sur ce point, nous pencherions plutôt pour l'existence d'une véritable affinité avec tous ses effets.

II. — L'AFFINITÉ SE FORME-T-ELLE PAR LE CONCUBINAT ET LE CONTUBERNIUM ?

On sait qu'à Rome il existait au-dessous des justes noces une sorte de mariage moins parfait, admis et réglementé par le droit sous le nom de concubinat, et trouvant sa principale application dans l'union d'un patron et de son affranchie (2).

Le concubinat donne-t-il naissance à une affinité ? D'après ce qui a été dit précédemment, on ne peut, semble-t-il, lui reconnaître ce pouvoir qu'en vertu d'un texte formel. Examinons ceux qu'on peut invoquer en ce sens.

Deux d'entre eux (3) décident que la même femme ne peut être successivement la concubine du père et du fils, ou la concubine de l'un et l'épouse de l'autre. Cela veut-il dire qu'il s'est formé par le concubinat du père avec la

(1) Comparer notamment les deux textes cités *infra*, ch. troisième, III, note sous l'empêchement résultant des fiançailles.

(2) Jusqu'aux lois caducaires, le mariage était interdit entre ingénus et affranchis, et il fallut un sénatus-consulte pour permettre exceptionnellement à l'affranchie Hispala Fecenia, dénonciatrice des bacchanales, d'épouser un ingénu (*Tite-Live*, xxxix, 19) ; même après les lois caducaires la prohibition subsista pour les affranchis vis-à-vis des sénateurs et de quelques-uns de leurs descendants.

(3) *Dig.*, l. 1, § 3, *de concubinis*, xxv, 7 ; *Code*, l. 4, *de nuptiis*, v, 4.

femme une affinité entre celle-ci et le fils ? Ne sommes-nous pas plutôt, comme nous le disions au début de ce chapitre, en présence d'une prohibition de mariage inspirée simplement par des raisons de décence et de moralité ? Nous n'hésitons pas à pencher pour cette seconde hypothèse, et nous invoquons en ce sens les termes mêmes des textes en question. Le fait, pour la concubine du père, de devenir postérieurement la concubine ou l'épouse du fils leur paraît répréhensible, *quia prope nefaria est hujus modi conjunctio, et ideo hujus modi facinus prohibendum est*, dit le texte du *Digeste* ; *quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur*, dit le texte du Code. S'il s'était formé une affinité par le fait du concubinat, pourquoi toutes ces considérations religieuses et morales, où le mot d'affinité n'est même pas prononcé ? Pourquoi ne pas dire simplement : cette femme ne peut être ni l'épouse ni la concubine du fils, parce qu'elle est son *affinis*, ayant été la concubine du père ? Et le texte du Code ajoute : « *Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt.* » N'eût-il pas dit plutôt *crimen incesti* s'il s'était agi de deux alliés ? Nous verrons, en effet, que le mariage ou le commerce entre alliés au degré prohibé constitue le crime d'inceste (1).

Un texte de Scévola, inséré au *Digeste*, où il forme la loi 7, *de gradibus et adfin.* xxxviii, 10, semble au premier abord beaucoup plus probant. Comme il paraît avoir été mal compris, même par ceux qui ont combattu l'argument qu'on en tirait en faveur d'une affinité résultant du concubinat, il est nécessaire de le reproduire intégra-

(1) Nous n'insistons pas sur cet argument, le mot *stuprum* ayant un sens un peu vague, et semblant même comprendre souvent les unions criminelles qui ont un nom spécial, telles que l'adultère et l'inceste.

lement : « *Privignus etiam is est, qui vulgo conceptus ex ea natus est, quæ postea mihi nupsit ; æque et is, qui cum in concubinato erat mater ejus, natus ex ea est, eaque postea alii nupta sit.* » Il s'agit là d'un enfant *vulgo conceptus* ou né d'un concubinat, dont la mère se marie (avec un homme autre que le père). Le texte décide que l'enfant devient le *privignus* du mari de sa mère ; or, le *privignus* est un allié, donc l'enfant devient l'allié du mari de sa mère : donc, prétend-on, le concubinat produit une alliance.

M. Accarias (1) répond qu'on ne peut pas argumenter ainsi de ce texte ; car, dit-il, cette décision s'applique aussi aux *vulgo concepti*, et d'autre part, rien ne prouve que les enfants nés du concubinat du mari deviendraient pareillement les alliés de la femme qui épouserait leur père.

Il existe, à notre humble avis, une réponse bien plus péremptoire, et nous l'avons presque indiquée en exposant l'hypothèse du texte de Scévola. Ce jurisconsulte a raison de dire que l'enfant né du concubinat devient le *privignus*, c'est-à-dire l'*affin* du mari de sa mère. Mais est-ce le concubinat qui produit cette affinité ? Pas le moins du monde : cette affinité est le résultat du mariage de la mère. L'enfant devient-il le *privignus* du mari de celle-ci parce qu'il est issu d'un concubinat ? Non, mais parce que sa mère a épousé cet homme. Il y a eu justes noces, et ce sont ces justes noces qui produisent l'affinité ; le concubinat, en l'espèce, n'a eu d'autre effet que de créer un lien de parenté entre l'enfant et sa mère, et, cette parenté devenue constante, c'est le mariage qui a

(1) *Précis de droit romain*, 4^e éd., vol. 1, p. 250, note 2.

engendré l'affinité. Scévola entendait seulement par ce texte résoudre la question de savoir si un homme, épousant une femme, devenait l'allié de tous ses parents, même de ses enfants illégitimes ou devant le jour à un concubinat ; il pensait sans doute que cette question pouvait faire difficulté.

En résumé, aucun texte qui constate, ni même qui suppose une affinité produite par le concubinat. Les effets de cette union se réduisent donc, au point de vue qui nous occupe, à un empêchement de mariage que nous étudierons au chapitre suivant, en raison même de son analogie avec l'empêchement d'affinité.

*
* *

Le mariage à Rome n'est pas permis entre esclaves, ni même entre deux personnes dont l'une est libre et l'autre soumise à l'esclavage. Dans ces deux cas, il ne peut y avoir qu'une union dite *contubernium* : « *Inter servos et liberos, dit Paul, matrimonium contrahi non potest, contubernium potest* (1). »

(1) Paul, *Sent.*, II, 49, § 6. — On admettait cependant un véritable mariage pour les esclaves en Grèce, en Apulie et à Carthage, comme le prouve le passage suivant de Plaute ; ce mariage devait engendrer une affinité :

Sant hic quos credo nunc inter se dicere :
« Quæso hercle quid istuc est ? serviles nuptiæ ?
Servine uxorem ducent ? aut poscent sibi ?
Novum attulerunt, quod fit nusquam gentium. »
At ego aio hoc fieri in Græcia et Carthagini,
Et hic in nostra terra etiam in Apulia
Majoreque opera ibi serviles nuptiæ,
Quam liberales etiam, curari solent.
Id ni fit, mecum pignus, si quis vult, dato,
In urnam mulsi, Pænus d m judex fiet,

Le même jurisconsulte, en un texte inséré au *Digeste* (1), déclare qu'il résulte du *contubernium* une parenté et une affinité; il les nomme respectivement parenté servile et affinité servile pour les bien distinguer de la parenté et de l'affinité qui résultent du véritable mariage.

Quels sont les effets de cette affinité servile? D'après Paul lui-même, ils se réduisent à un seul, la prohibition de mariage entre ceux qu'unissent ces liens d'affinité, au moins dans les degrés les plus rapprochés.

La vérité est que là encore il n'y a pas affinité : l'expression du jurisconsulte a certainement dépassé sa pensée. En dépit des préventions dont pouvait être imbu l'esprit d'un Romain à l'égard des esclaves, Paul avait été frappé sans doute, par la force même des choses, de l'analogie existant entre le mariage des hommes libres et le *contubernium* des esclaves; et voilà pourquoi il parle de parenté et d'affinité, là où il n'y a en réalité qu'un empêchement d'honnêteté publique. Tout le prouve : la place qu'occupe le texte, au titre *de ritu nuptiarum*, au milieu d'autres dispositions qui ne traitent que d'empêchements de mariage; le fait que cette affinité ne produit

Vel Græcus adeo, vel mea causa Apulus.

Quid nunc? nihil agilis, sentio; nemo sitit.

(Plaute, *Casina*, prolog., vers 67-68).

(1) *Dig.*, l. 14, § 2 et 3, de *rit nupt.*, xxiii, 2, § 2 (traite de la *cognatio servilis*). — § 3. *Idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti, ut eam quæ in contubernio patris fuit, quasi novercam non possim ducere; et contra, eam quæ in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere. Aque nec matrem ejus, quam quis in servitute uxorem habuit, quasi socrum; cum enim cognatio servilis intelligitur, quare non et adfinitas intelligatur? Sed in re dubia certius et modestius est hujusmodi nuptiis abstinere.* » — V. aussi : *Instit.*, liv. iii, tit. 7, de *servili cognatione*.

aucun autre effet que cet obstacle au mariage ; les raisons invoquées et qui sont des raisons de morale et de convenances ; enfin, les noms même qu'il donne aux personnes alliées par le *contubernium*, car il les appelle, non pas *noverca*, *nurus*, *socrus*, mais *quasinoverca*, *quasinurus*, *quasi socrus*, semblant ainsi chercher à s'excuser aux yeux de ses contemporains d'un rapprochement aussi audacieux entre le *contubernium* et les *justæ nuptiæ* (1).

Le *contubernium* n'est donc assimilé aux justes noces comme union productrice d'affinité, qu'au seul point de vue de l'empêchement de mariage qui en résulte. Même après le triomphe du christianisme, le droit romain ne condescend en faveur des esclaves qu'à introduire un peu de décence et de moralité dans la formation de leurs unions.

*
* *

L'union illicite, le commerce avec une courtisane par exemple, ne produit pas plus l'affinité que le *contubernium*, bien qu'on ne se heurte pas ici aux mêmes raisons politiques et sociales, mais bien plutôt au silence des textes, à l'absence presque totale de réglementation juridique à cet égard. On verra plus loin si, toujours en faveur de la pureté des mœurs, l'union illicite n'engendre pas un empêchement de mariage analogue à celui qui naît de l'affinité.

*
* *

(1) D'après certains auteurs, le texte de Paul aurait même été interpolé et tout ce qui concerne l'*affinitas servilis* serait dû à Tribonien. V. en ce sens la contradiction qu'on peut relever entre les premiers mots du § 3 qui sont formels, et les deux dernières phrases du même paragraphe qui sont, au contraire, conçues en termes vagues et dubitatifs (v. p. précéd. note 1).

En résumé, le droit romain ne fait résulter l'affinité que du mariage, avec cette particularité que l'effet se produit même avant la cause, c'est-à dire que l'affinité naît des fiançailles, autrement dit du mariage à l'état de projet (1). Il faut en conclure que dans tous les textes qui parlent de *socer*, *socrus*, *gener*, *nurus*, *noverca*, *vitricus*, *privignus*, ces mots doivent être entendus dans le sens de beau-père, belle-mère, gendre, bru, beau-fils par mariage ou au moins par fiançailles, sans qu'on puisse y comprendre aussi les personnes auxquelles on est uni par un concubinat, un *contubernium* ou un commerce illégitime, ces trois sortes d'unions ne pouvant donner naissance qu'à un empêchement de mariage fondé sur l'honnêteté publique.

(1) L'adoption peut-elle produire une affinité? La question, croyons-nous, est mal posée. Examinons en effet les deux façons dont elle peut se présenter : 1° Y a-t-il affinité entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ou inversement entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant? D'après le *Dig.*, l. 14, pr. et § 1, *de rit. nupt.*, xxiii, 2, il y a prohibition de mariage entre ces personnes, parce qu'elles sont vis à-vis l'une de l'autre *loco novercæ* et *loco nurus*. Ces termes mêmes prouvent qu'il n'y a pas là une affinité, mais si l'on veut une quasi-affinité et un empêchement d'honnêteté publique que nous signalerons plus loin, ch. troisième, III; — 2° Y a-t-il affinité entre l'adopté et le conjoint d'un parent de l'adoptant, ou inversement entre un parent de l'adoptant et le conjoint de l'adopté? Non, dit explicitement cette fois le *Digeste* : « *In ea familia ad quam per adoptionem venit, nemo est illi cognatus præter patrem, eosque quibus adgnascitur: adfinis autem ei omnino in ea familia nemo est.* » (*Dig.*, l. 4, § 10 *in fine*, *de grad. et adfin.* xxxviii, 10.)

D'ailleurs, même s'il se produisait dans ces deux cas une affinité, il ne serait pas exact de dire qu'elle est la conséquence de l'adoption. Celle-ci établirait simplement un rapport de parenté entre l'adopté et l'adoptant, peut-être même entre l'adopté et les parents de l'adoptant; puis, ce rapport de parenté existant, l'affinité serait engendrée par le mariage de l'une de ces personnes. Nous avons fait un raisonnement semblable au sujet de la prétendue affinité produite par le concubinat (v. *supra*, p. 48).

III. — CESSATION DE L'AFFINITÉ.

On vient de voir qu'en droit romain l'affinité se forme par le mariage : cesse-t-elle avec sa cause, c'est-à-dire au moment de la dissolution du mariage ? En d'autres termes, le mariage une fois dissous, l'affinité continue-t-elle ou non à exister entre ceux qu'elle unissait durant le mariage (1) ?

Au premier abord, il semble bien difficile de se prononcer, les textes présentant à ce sujet des décisions contradictoires. Ainsi il existe aux *Fragments du Vatican* des textes supposant que l'alliance continue à produire ses effets après la dissolution des justes noces (2) ; il y a même un effet qu'elle peut produire seulement après cette dissolution, c'est son effet comme empêchement de mariage : pour que cet empêchement puisse entrer en jeu et s'opposer à l'union de l'un des époux avec un parent de l'autre, il faut au préalable que le mariage qui crée l'alliance soit dissous ; tant qu'il subsiste, c'est l'empêchement de bigamie qui s'oppose à la nouvelle union.

Par contre, il y a des dispositions qui font perdre à l'affinité certains de ses effets après la dissolution du mariage. Deux textes, l'un aux *Fragments du Vatican*, l'autre au *Digeste* (3), décident, dans des cas spéciaux il est vrai,

(1) Ne pas confondre cette question avec une autre qui a été traitée à propos de la formation de l'affinité : il s'agissait alors de savoir si, le mariage une fois dissous, l'affinité pouvait désormais s'établir entre des personnes qu'elle n'unissait pas auparavant, entre l'un des anciens époux et les enfants de l'autre nés postérieurement à la dissolution du mariage. V. *supra* : *Formation de l'affinité par le mariage*, même chap., I.

(2) *Fragm. Vatic.*, 218 et 219.

(3) *Fragm. Vatic.*, 307 ; *Dig.*, l. 3, § 1, *De postulando*, III, 1.

qu'on ne doit pas envisager les affinités *quæ quondam fuerunt, sed præsentes*.

Aucun de ces textes, il faut le remarquer, ne tranche d'une manière générale la question de la cessation de l'affinité : chacun d'eux se borne à décider que, dans tel cas spécial, les effets de l'affinité survivent ou non au mariage. De quel côté est la règle et de quel côté l'exception ? Faut-il dire que la dissolution du mariage n'atteint pas l'affinité, mais qu'elle la prive seulement de quelques-uns de ses effets ? Faut-il dire au contraire que la dissolution du mariage détruit l'affinité, mais que, par suite d'une fiction, elle lui permet cependant de produire certaines conséquences ? Les deux théories ont été soutenues.

D'après la première, qui n'est pas la plus répandue, mais que nous croyons néanmoins très soutenable, la dissolution du mariage laisse subsister l'affinité, comme elle laisse subsister la parenté, aucun texte ne décidant formellement le contraire. L'affinité continue donc à produire ses effets : elle fait obstacle au mariage entre l'époux veuf ou divorcé et le parent de son ancien conjoint ; elle prive du *jus nominandi potioris* ceux que le mariage avait unis aux degrés d'époux, de gendre, de bru, de beau-père, de belle-mère, de beaux-fils ou de belles-filles (1) ; elle permet au gendre et à la bru de recueillir le fidéicommiss laissé par le *socer* ou la *socrus* à sa famille sans autre clause restrictive, et cela à défaut de tous autres parents, c'est-à-dire même si le mariage est dissous sans enfants, car si le mariage n'était pas dissous (par la mort de l'autre conjoint), c'est à ce conjoint, enfant du *de cujus*, que reviendrait le fidéicommiss, et si le mariage n'était pas dissous

(1) Pour le *jus nominandi potioris*, v. *infra*, ch. quatrième, III.

sans enfants, le fidéicommiss appartiendrait à ces enfants (1).

Cependant, bien qu'en principe l'affinité ne cesse pas en même temps que le mariage, par exception il est des effets qu'elle ne produit plus après la dissolution de celui-ci. Ainsi n'échappent au maximum fixé par la loi Cincia pour les donations que les affins *qui sunt tempore donationis*, ce qui exclut évidemment les personnes alliées par un mariage dissous lors de la donation (2). Ainsi encore est-il dit dans le texte d'Ulpien ayant trait au droit de plaider pour ses parents et affins qu'*adfinitates non eas accipere debemus quæ quondam fuerunt, sed præsentēs* (3).

La règle serait donc la persistance de l'affinité, malgré la dissolution du mariage ; par exception cet événement l'empêcherait de produire quelques-uns de ses effets (4).

La théorie contraire est plus généralement admise par les auteurs : à leurs yeux l'affinité, conséquence du mariage, ne peut subsister sans sa cause et meurt avec elle. C'est bien du reste ce qui semble résulter des textes : ceux qu'on

(1) « *Et si quis per suum elogium fideicommissum familiæ suæ reliquerit, nulla speciali adjectione super quibusdam certis personis facta: non solum propinquos, sed etiam his deficientibus, generum et nulum. Eos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari: ita videlicet, si matrimonium morte filii, vel filiæ fuerit dissolutum: nullo etenim modo possunt gener vel nurus filiis viventibus ad tale fideicommissum vocari: cum hi procul dubio eos antecedant: et hoc videlicet gradatim fieri, ut post eos liberti veniant* » (Code, l. 5, De verborum et rerum significat., vi, 38).

(2) *Frag. Vat.*, 302 et 303.

(3) *Dig.*, l. 3, § 1, De postulando, iii, 1.

(4) V. en ce sens : Vazeille, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, Paris, 1825, vol. 1, p. 139 et s.; Godofroy, *Annotations au Corpus*, spécialement à la loi 3, § 1, De postulando.

a déjà lus parlent d'*affinitates qui sunt*, ou qui *fuerunt* ; un autre oppose les mots : « *si manente adfinitate...* », à ceux-ci « *si dirempto matrimonio...* (1). » D'après cette théorie on suppose exceptionnellement que l'affinité existe encore lorsqu'il s'agit de lui faire produire quelques effets indispensables au point de vue moral, l'empêchement de mariage par exemple.

Tout en admettant cette théorie, il faut bien reconnaître qu'elle ne va pas sans difficulté. On ne peut s'empêcher par exemple de remarquer la singularité de ce lien qui n'existe plus et qui continue néanmoins à produire ses effets ; d'ailleurs les considérations d'ordre moral invoquées par le maintien de l'empêchement de mariage deviennent insuffisantes quand il s'agit d'expliquer les autres conséquences qui continuent à se produire entre alliés après la dissolution du mariage, par exemple la privation du *jus nominandi potioris* et le droit de recueillir à défaut de parents le fidéicommis laissé à la famille. Enfin l'argument qu'on tire des textes perd bien un peu de sa force, si l'on songe que le mot *affinitas* est souvent pris à Rome comme synonyme de *matrimonium* : témoin un texte du *Digeste* où l'on trouve les expressions : *renunciata adfinitas*, ou encore *sperabatur adfinitas* (2) ; le mot français alliance est d'ailleurs pris assez souvent dans ce sens. *Manente adfinitate* a donc le même sens exactement que *manente matrimonio* (3).

(1) *Dig.*, l. 84, *De jure dotium*, xxiii, 3 (V. *infra*, ch. quatrième, III). — « *Sed in hac adfines qui sunt tempore donationis excipiuntur, idemque etiam divus Pius rescripsit, leges enim, quæ voluissent etiam eos excipere qui fuissent, nominatim id cavisse.* » (*Frag. Vat.*, 303). V. les autres textes indiqués ci-dessus, page précédente, notes 2 et 3.

(2) *Dig.*, l. 38, § 1, *De usuris et fructibus*, xxii, 1.

(3) V. du reste : *Dig.*, l. 22, *De re judicata*, xlii, 1.

Il n'y a peut-être pas grand intérêt du reste à savoir si d'une manière générale l'affinité survit ou non à la dissolution du mariage, la question étant presque toujours résolue dans les textes pour chaque cas spécial.

Quoi qu'il en soit, l'affinité existant entre deux personnes prend fin par la mort de l'une de ces personnes, par la mort naturelle, cela va de soi, et aussi par la mort civile, ou tout au moins par l'institution du droit romain analogue à notre mort civile, la *capitis deminutio*. C'est ce que décide un texte du *Digeste* : « *Is, cui aqua et igni interdictum est, aut aliquo modo capite diminutus est, ita ut libertatem et civitatem amitteret, et cognationes et affinitates omnes, quas ante habuit, amittit* (1). » Il ressort de ce texte qu'il ne s'agit pas ici de la *capitis deminutio minima*, mais seulement de la *capitis deminutio maxima* résultant de la perte de la liberté, et de la *capitis deminutio media* ou *minor* qui entraîne la perte de la cité. Le texte ne cite expressément qu'un seul cas de *capitis deminutio media*, sans doute le plus fréquent, celui de la condamnation à l'exil, *aqua et igni interdictio*, mais il prend soin de viser aussi les autres, par exemple la renonciation à la qualité de citoyen romain (2).

La mort naturelle, la perte de la liberté, la perte de la cité, et sauf discussion la dissolution du mariage, tels sont donc les faits qui font cesser l'affinité établie par le mariage entre l'un des conjoints et les parents de l'autre.

(1) *Dig.*, 1. 4, § 11, *De grad. et adfin.*, xxxviii, 10. V. aussi : *Instit.*, livre 1, tit. 16, § 6.

(2) Par l'adoption d'une autre nationalité : v. Cicéron, *Pro Balbo*, 11, 12, 13 ; *Pro Cæcina*, 33, 34 ; *De Oratore*, 1, 40.

CHAPITRE TROISIÈME

L'affinité considérée comme empêchement de mariage.

L'affinité a pour principal effet de constituer un empêchement de mariage entre quelques-uns de ceux qu'elle unit.

Après avoir étudié successivement, dans la ligne directe et dans la ligne collatérale, la prohibition de mariage basée sur l'affinité, nous grouperons dans un même paragraphe une série d'empêchements, comme ceux résultant du concubinat et du *contubernium*, empêchements qui reposent sur des idées de morale publique, mais se rapprochent beaucoup de l'affinité par la nature même des choses.

Dans ce même chapitre trouveront aussi leur place les sanctions de ces empêchements, ainsi que les exceptions dont ils sont susceptibles, c'est-à-dire les dispenses.

I. — EMPÊCHEMENT D'AFFINITÉ EN LIGNE DIRECTE

On a vu précédemment que les alliés en ligne directe sont, d'une part, le gendre, la bru (*gener, nurus*) et leur beau-père ou belle-mère (*socer, socrus*), d'autre part les enfants d'un premier lit (*privignus, privigna*) et leur beau-père ou belle-mère; parâtre ou marâtre (*vitricus, noverca*); aux degrés plus éloignés, le *prosocer*, la *prosocrus*, le *progener*, et la *pronurus*.

Au début, le mariage n'est pas prohibé à Rome entre alliés en ligne directe. Du moins ne l'est-il pas par le

droit, car aux yeux de quelques auteurs (1), la prohibition existe dans la loi religieuse. Cette idée paraît très admissible. Elle repose d'ailleurs sur certaines expressions de Cicéron dans le plaidoyer *Pro Cluentio*. Cluentius Avitus, client de Cicéron, avait une sœur, nommée *Cluentia*, laquelle avait épousé son cousin, *Aurius Melinus*. La mère de *Cluentia*, *Sassia*, vint à s'éprendre de *Melinus*, son gendre ; à son instigation, *Cluentia* et son mari divorcèrent, après quoi *Sassia* et *Melinus* s'unirent en mariage (2). Ce dernier fait prouve bien la vérité de l'assertion précédemment énoncée, que le mariage n'était pas prohibé entre alliés en ligne directe au temps de Cicéron : si une telle prohibition avait existé, *Sassia* n'aurait pu épouser *Melinus*.

Or Cicéron, voulant qualifier cette union, y voit un acte contraire au *fas*, un *scelus* : « ... *Mulieris importunæ nefaria libido... Ea igitur mater Aviti, Melini illius adolescentis, generi sui, contra quam fas erat, amore capta... — O mulieris scelus incredibile, et præter hanc unam in omni vita inauditum... Perfregit ac prostravit omnia cupiditate ac furore: vicit pudorem libido, timorem audacia, rationem amentia* (3). » Pas une phrase qui se réfère à une disposition de droit positif, pas un mot qui implique une prohibition juridique de mariage entre la belle-mère et son gendre : rien que des considérations de morale, et de morale religieuse (4) !

(1) Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1891, p. 213.

(2) G. de Caqueray, *Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, Paris, 1857, p. 313 et s.

(3) Cicéron, *Pro Cluentio*, 5 et 6.

(4) Il ne faudrait cependant pas abuser de l'argument tiré des mots : *fas* et *scelus*, car les mêmes mots se retrouvent à une époque où

Cet état de choses dut subsister au moins jusqu'à la fin de la République, et c'est seulement dans les œuvres des jurisconsultes de l'Empire que l'on trouve écrite la prohibition de mariage entre alliés en ligne directe. Gaius la mentionne en un passage que devait plus tard paraphraser Justinien dans ses *Institutes*; Paul et Ulpien la répètent à peu près dans les mêmes termes (1). Ces textes défendent seulement d'épouser *socrum*, *nurum*, *novercam*, *privignam*; mais un autre texte de Paul, inséré au *Digeste*, explique qu'il faut entendre par là tous les alliés en ligne directe, *in infinitum*: « *Socrus appellatione non tantum uxoris meæ mater, sed et avia et proavia intelligitur ut nullam earum ducere possim, nurus quoque appellatione non tantum filii uxor, sed et neptis et proneptis continetur: licet quidam has pronurus appellant. Privigna quoque non solum ea mihi intelligitur, quæ uxoris meæ filia est, sed et neptis et proneptis: ut nullam earum ducere possim* (2). »

On trouve encore l'empêchement d'affinité en ligne directe rappelé dans d'autres dispositions législatives, notamment sous Dioclétien et Maximien (3). Mais la prohibition ne fut pas toujours observée. Ainsi Caracalla ne craignit pas d'épouser Julie, la seconde femme de son père l'empereur Sévère, celle-là même dont il avait fait assassiner le fils Géta (4).

l'empêchement d'affinité est devenu un empêchement juridique. V. notamment : *Dig.*, l. 4, § 7, *De grad. et adfin.*, xxxviii, 10.

(1) Gaius, I, § 63 et 64; Paul, II, 19, § 5; Ulpien, *Reg.*, v, 6-7; *Instit.*, liv. I, tit. 10, *De nupt.*, § 6.

(2) *Dig.*, l. 14, § 4, *De rit. nupt.*, xxiii, 2.

(3) *Cod.*, l. 17, *De nuptiis*, v, 4.

(4) Voici comment Spartien raconte ce mariage: « *Interest scire quem admodum novercam suam Juliam uxorem duxisse dicatur. Quæ quum*

Le motif qu'invoquent toujours les jurisconsultes romains pour légitimer l'empêchement de mariage entre alliés en ligne directe est celui d'une assimilation à la parenté, *quod affinitatis causa parentum liberorumque loco habentur* (1). Cicéron, d'ailleurs, et Spartien n'emploient-ils pas le mot *mater* comme synonyme de *noverca* (2) ?

II. — EMPÊCHEMENT D'AFFINITÉ EN LIGNE COLLATÉRALE

L'histoire ou la légende des premiers temps de Rome offre un exemple de mariage entre alliés rapprochés en ligne collatérale : celui de Tullie, fille de Servius Tullius, laquelle, après avoir tué sa sœur et son mari et passé sur le corps de son père à l'endroit nommé plus tard *Via scelerata*, épousa son beau-frère Lucius (Tarquin le Superbe).

Le droit de la République et de l'Empire païen ne connut pas non plus d'empêchement de mariage basé sur l'alliance en ligne collatérale : le beau-frère pouvait épouser sa belle-sœur.

Une telle union était incestueuse aux yeux du christianisme, le Lévitique interdisant le mariage entre alliés, non seulement au degré de frère, mais même au degré

esset pulcherrima, et quasi per negligentiam se maxima corporis parte nudasset, dixissetque Antoninus : « Vellem, si liceret », respondisse fertur : « Si libet, licet. An nescis te imperatorem esse, et leges dare, non accipere ? » Quo audito, furor inconditus ad effectum criminis roboratus est, nuptiasque eas celebravit, quas, si sciret se leges dare, vere solus prohibere debuisset. Matrem enim, (non alio dicenda erat nomine), duxit uxorem, ad parricidium junxit incestum : siquidem eam matrimonio sociavit cujus filium nuper occiderat. » (Spartien, Vie d'Antonin Caracalla, 10).

(1) *Dig.*, l. 4, § 7, de *grad. et adfin.*, xxxviii, 10.

(2) V. *supra*, avant-dernière note, *in fine*.

d'oncle (1). Déjà les conciles d'Elvire (305) et de Néocésariée (314), celui-ci tenu sous Constantin le Grand, s'étaient énergiquement prononcés en ce sens. Les empereurs chrétiens devaient donc se voir de la part du clergé l'objet de sollicitations tendant à introduire dans le droit positif cette prohibition religieuse (2).

En l'an 355, le pape Libère obtint enfin de Constance une constitution défendant le mariage entre beau-frère et belle-sœur. Comme le remarque Godefroy, cette constitution avait été rendue aussi bien pour l'Occident que pour l'Orient, à la différence des autres édits sur la matière qui s'adressaient à l'Orient, où, sous l'énervante et déprimante influence du climat, les mœurs étaient parvenues à un point de dissolution extrême (3).

Mais, si grande est la persistance d'une institution même abolie, que pendant longtemps les mœurs, les mœurs d'Orient surtout, résistèrent à cette prohibition. Les successeurs de Constance durent la renouveler : cinq nouvelles constitutions intervinrent sur ce point, et dans les mêmes termes, ce qui prouve bien que chacune n'était devenue nécessaire que par suite de l'oubli ou de la désuétude de la précédente (4).

(1) V. *supra*, *Législations anciennes*, § 2.

(2) V. Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 192 et s. Sur les conciles, v. *infra*, *Droit canonique*.

(3) Godefroy, *Commentaire sur le Code Théodosien*, vol. 1, p. 337. L'édit de Constance paraît même avoir été rendu spécialement pour Rome : il est en effet adressé *ad Volusianum Vicarium Urbis*. Il prohibe d'ailleurs et le mariage avec les deux sœurs successivement, et le mariage avec la veuve du frère.

(4) Les six constitutions sur cette matière furent données par : Constance, en l'an 355 (*Code Théodos.*, III, 12, 2); Valentinien, Théodose le Grand et Arcadius (*Code Just.*, V, 5, 5); Arcadius et Honorius, en l'an

L'empereur Honorius lui-même, après avoir épousé en l'an 398 sa cousine Marie, fille de Stilicon, prit ensuite pour femme la sœur de celle-ci, Thermantie (408) ; ce qui ne l'empêcha pas, sept ans après, de renouveler dans un édit la prohibition de mariage entre beau-frère et belle-sœur. On a dit, il est vrai, que son mariage avec Marie n'avait pas été consommé et que par conséquent il ne s'était pas formé entre eux d'affinité empêchant le mariage. Mais ceci est faux en droit romain, où le mariage non consommé n'est pas pour cela nul et privé d'effets ; et, même aux yeux du droit canonique, Honorius, après avoir épousé Marie sans consommer le mariage, n'aurait pas dû épouser sa belle-sœur Thermantie sans une dispense (1). Aussi a-t-on pu s'étonner que le pape Innocent I^{er} n'eût pas prévenu par une opposition ou tout au moins effacé par une dispense cet inceste d'un si funeste exemple (2).

Au point de vue doctrinal et législatif, on discutait beaucoup la légitimité de l'empêchement de mariage entre beau-frère et belle-sœur. Les partisans de la validité de ces unions invoquaient un texte du Lévitique : « *Sororem uxoris tuæ in pellicatum illius non accipies, nec revelabis turpitudinem ejus, adhuc illa vivente* (3) ; » de ces

396 (*Code Théodos.*, III, 12, 3) ; Théodose le Jeune et Honorius, en l'an 415 (*Code Théodos.*, III, 12, 4) ; Zénon (*Code Just.*, V, 5, 9) et Anastase (*Code Justin.*, V, 5, 8).

(1) V. *infra*, *Droit canonique*, ch. cinquième et sixième.

(2) « Zosime veut que Serene ait fait conclure ce mariage contre le sentiment de Stilicon son mari, en prétendant que Marie estoit toujours demeurée vierge. Mais avec cela mesme il y a lieu de s'étonner qu'un Prince Chrétien ait voulu faire un mariage tel que celui-là. On ne trouve point si le pape Innocent fit quelque chose sur ce sujet. » (Lenain de Tillemont, *Histoire des empereurs*, Paris, 1720, t. V, p. 557).

(3) Lévitique, XVIII, 18. V. *supra*, *Législations primitives*, § 2.— Cette

trois derniers mots ils concluaient par *a contrario* qu'après la mort de l'épouse on pouvait se marier avec sa sœur. Leurs adversaires répondaient par des arguments qu'on trouve groupés dans plusieurs lettres de saint Basile, évêque de Césarée, un des Pères de l'Eglise vivant au milieu du iv^e siècle (329-379). Saint Basile condamnait le mariage entre beau-frère et belle-sœur, en se basant sur plusieurs arguments. Il invoquait les mœurs et la coutume, ayant force de loi ; et il faisait remonter cette coutume aux apôtres et à leurs contemporains. Il argumentait aussi de l'affinité qui résulte du mariage : les deux conjoints ne faisant qu'un, il n'est pas plus permis, dit-il, d'épouser la sœur de sa femme que d'épouser sa propre sœur (1). Enfin l'évêque de Césarée montrait la confusion que produisait d'après lui un pareil mariage : la même femme devient à la fois mère et tante, et les enfants des deux lits vis-à-vis les uns des autres sont à la fois frères et cousins (2).

Les constitutions fréquemment répétées des empereurs semblent enfin avoir eu raison des résistances que rencontrait l'admission de cet empêchement de mariage : les

loi, qui paraît naïve ou au moins inutile, puisque le premier mariage subsiste tant que vit la femme, fut sans doute édictée par Moïse pour empêcher les Israélites d'épouser les deux sœurs à la fois, comme leur père Jacob.

(1) Sur cette conception du mariage, d'après laquelle les époux ne font qu'un (*erunt duo in carne una*) et qui conduisit le droit canonique à assimiler l'affinité et la parenté, v. *infra*, *Droit canonique*, ch. premier.

(2) Les lettres de saint Basile sur ce point sont adressées à Amphiloque ou à Diodore de Tarse (V. *Ep.*, 188, 197, 199 et 217, *Op.*, t. III). — On trouvera une analyse détaillée de son argumentation dans Godefroy, *Commentaires sur le Code Théodosien*, vol. I, p. 337, et dans : X..., *Examen du pouvoir législatif de l'Eglise sur le mariage*, Paris, 1817, p. 55.

deux dernières d'entre elles, deux lois de Zénon, donnent en effet à entendre que le principe était admis et qu'on n'espérait plus obtenir que des exceptions. L'une d'elle a trait aux dispenses, et c'est en parlant des dispenses que nous devons l'examiner. L'autre statue sur une hypothèse où l'on pouvait se demander si le mariage entre beau-frère et belle-sœur n'était pas licite. Les Égyptiens, tout en prohibant ces unions en principe, les permettaient par exception s'il était prouvé qu'il n'y avait pas eu consommation du mariage : en fait il suffisait trop souvent de prouver que le mariage était resté stérile (1). Mais ce système, d'après lequel le mariage se forme par la cohabitation et non par le seul consentement, n'est pas admis en droit romain (2). Les distinctions auxquelles il conduit entre mariage consommé et non consommé blessent les bienséances ; d'ailleurs n'est-il pas plus juste de dire que le mariage est parfait, non par l'union physique qui nous est commune avec la brute, mais par quelque chose qui relève de l'intelligence, par le concours de volontés. Tels furent sans doute les motifs de Zénon, qui renouvela en termes absolus l'interdiction de mariage entre la veuve et son beau-frère et condamna les recherches faites sur la consommation des mariages à l'exemple des Égyptiens (3).

Justinien se contenta de maintenir sur ce point le droit en vigueur, en donnant asile dans son Code aux édits de ses prédécesseurs.

(1) Ce système, très soutenable en droit naturel, n'est pas spécial aux Égyptiens : on en trouve des traces dans plusieurs législations primitives, chez les Juifs par exemple.

(2) V. *Dig.*, l. 30, *De diversis regul. jur. antiq.*, l. 17 ; Nouvelle 22, cap. 3.

(3) *Cod.*, l. 8, *De incest. et inutil. nupt.*, v, 5.

On a vu que l'admission par le droit romain de l'empêchement de mariage entre beau-frère et belle-sœur était due à l'influence de la religion chrétienne, qui s'inspirait elle-même en cela du Lévitique. Or, le Lévitique interdisait aussi le mariage entre alliés au degré d'oncle (1). Mais jamais le droit romain ne sanctionna cette prohibition. L'auteur des Conférences de Paris a cru trouver au Code Théodosien une défense de mariage entre la veuve et le cousin germain de son mari, par conséquent entre alliés au degré de cousin germain : « *Tanquam incestum commiserit habeatur, qui post prioris conjugis amissionem, sororem ejus in matrimonium proprium crediderit sortiendam : pari ac simili ratione, si qua post interitum mariti in germani ejus nuptias crediderit aspirandum...* » Cet auteur traduit *germani ejus* par son cousin germain. « C'est une bévue grossière », dit Pothier : *germanus* veut dire non pas un cousin germain (*consobrinus*), mais un frère ; d'ailleurs les mots *pari se simili ratione* venant après l'hypothèse d'un veuf qui épouse sa belle-sœur, auraient dû suffire à préserver l'auteur d'une pareille confusion (2).

III. — EMPÊCHEMENTS D'HONNÊTÉTÉ PUBLIQUE (3) PRÉSENTANT QUELQUE ANALOGIE AVEC L'EMPÊCHEMENT D'AFFINITÉ.

Non seulement le mariage est prohibé en ligne directe entre tous les alliés, en ligne collatérale entre le beau-frère et la belle-sœur, mais même le droit romain, par-

(1) V. *supra*, *Législations anciennes*, § 2.

(2) Code Théodos., l. 4, *De incest. nupt.*, III, 12. — Pothier, *Traité du contrat de mariage*, part. III, ch. 3, art. 2, § 2 (n° 156).

(3) Nous employons ici *brevitatis causa* l'expression empêchement d'honnêteté publique pour désigner les empêchements de mariage

tant de cette idée qu'en matière de mariage il faut considérer ce qui est honnête plutôt que ce qui est strictement logique (1), étendit la prohibition au delà des limites rigoureuses de l'alliance. On dut édicter ainsi des empêchements qui ne découlaient pas du droit strict, mais de la morale : ces empêchements, assez analogues aux fictions du prêteur, furent employés par les jurisconsultes pour corriger la loi dans plusieurs cas.

Ainsi une femme divorcée s'est remariée et a eu de ce second mariage une fille. En droit romain, cette fille n'est pas l'alliée du premier mari de sa mère ; elle n'est pas, disent les textes, sa *privigna*, sa *prius nata* : elle n'est pas enfant d'un premier lit. En effet, on a vu précédemment que l'affinité ne peut s'établir qu'entre personnes existant durant le mariage ; or la fille dont il s'agit ici n'est venue au monde que postérieurement à la dissolution du premier mariage de sa mère. Néanmoins, bien qu'elle ne soit pas l'*affinis* de cet homme, elle n'en est pas moins fille de son ancienne femme et il ne serait pas bienséant de la voir épouser un homme qui a été le mari de sa mère. Aussi Julien et à sa suite Justinien prohibèrent-ils une semblable union (2) !

Un autre empêchement, se rapprochant de l'affinité du second genre que devait plus tard connaître le droit canonique, est édicté par un texte du *Digeste*, emprunté à Papi-

fondés sur des considérations de morale et de convenances, bien que cette expression employée surtout et vulgarisée par les canonistes ne fût pas connue des jurisconsultes romains. (V. cependant *Dig.*, l. 42, pr. *De rit. nupt.* xxiii, 2).

(1) « *Semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit.* » (*Dig.*, l. 197, *De divers regul. jur. antiq.* L. 17).

(2) *Instit.*, liv. 1, tit. 10, *De nuptiis*, § 9.

nien. Il s'agit d'un mariage avec le conjoint d'un allié en ligne directe : « *Uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportet; nec in matrimonium convenire novercam ejus, qui privignæ maritus fuit* (1). »

Nous avons examiné plus haut la question de savoir si les fiançailles créaient une affinité ou si elles ne faisaient que donner naissance à un empêchement de mariage basé sur les convenances et la morale. Nous avons conclu qu'il y avait bien là une véritable affinité, tout au plus un peu restreinte dans ses effets. Mais on peut très bien soutenir que les fiançailles ne produisent pas d'affinité ; l'empêchement de mariage s'expliquerait alors par de simples considérations de bienséance. L'empêchement existe en ligne directe, c'est-à-dire entre l'un des fiancés et les ascendants ou descendants de l'autre (2).

Le concubinat, comme on l'a vu, ne produit pas une véritable affinité en droit romain. Cependant, comme il serait choquant de voir un homme épouser ou prendre pour concubine une femme qui a vécu en concubinat avec son père, ou inversement, on fut amené à interdire ces unions : « *Liberi concubinas parentum suorum uxorem ducere non possunt; quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur. Qui si contra hoc fecerint,*

(1) *Dig.*, l. 15, *De rit. nupt.*, xxiii, 2. — Voir le même empêchement dans l'ancien droit français : *infra*, *Droit canonique*, ch. second *in fine*.

(2) « *Inter me et sponsam patris mei nuptiæ contrahi non possunt, quanquam noverca mea non proprie dicatur. — Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur.* » (*Dig.*, l. 12, §§ 1 et 2, *De rit. nupt.*, xxiii, 2.) — «... *Item ejus matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere, Augustus interpretatus est: fuisse enim eam socrum.* » (*Dig.*, l. 14, § 4 *in fine*, *eod. titul.*).

crimen stupri committunt (1). — *Si qua in patroni fuit concubinato, deinde in filii esse cœpit, vel in nepotis, vel contra : non puto eam recte facere ; quia prope nefaria est hujusmodi conjunctio, et ideo hujusmodi facinus prohibendum est* (2). »

C'est en vertu de considérations morales analogues que le jurisconsulte Paul admet une affinité résultant du *contubernium* ou union d'esclaves ; on a vu précédemment que cette affinité n'en est pas une et se réduit à un simple empêchement de mariage. Cet empêchement a la même étendue que les précédents : il n'existe qu'en ligne directe, et peut-être même pas *in infinitum* (3).

Enfin l'adoption, qui n'est pas créatrice d'affinité (4), produit néanmoins un empêchement de mariage du même genre, d'une part entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté, d'autre part entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant : « *Adoptivus filius si emancipetur, eam quæ patris adoptivi uxor fuit, ducere non potest : quia non verca locum habet. — Item si quis filium adoptaverit, uxorem ejus, quæ nurus loco est, ne quidem post emancipationem filii ducere poterit : quoniam aliquando nurus ei fuit* (5). » Mais il faut pour cela que l'adoption soit antérieure au mariage, car, si elle n'intervient qu'après la conclusion du mariage, celui-ci ne devient pas pour cela caduc. C'est l'hypothèse prévue par un autre texte du *Digeste*, au même titre : « *Si qua mihi uxor fuit, deinde*

(1) *Cod.*, l. 4, *De nuptiis*, v, 4.

(2) *Dig.*, l. 1, § 3, *De concubinis*, xxv, 7.

(3) *Dig.* l. 14, § 3, *De rit. nupt.*, xxiii, 2, texte cité *supra*, ch. second, II.

(4) *V. supra*, p. 52, note 1.

(5) *Dig.*, l. 14, pr. et § 1, *De rit. nupt.*, xxiii, 2.

a me repudiata nupsit Seio, quem ego postea adrogavi, non sunt nuptiæ incestæ (1). »

Tels sont, parmi les empêchements de mariage que dictèrent aux jurisconsultes romains le sentiment des conventions et le souci de la moralité publique, ceux qui par leur nature même rappellent le plus l'affinité, dont ils ne sont à tout prendre que des copies imparfaites et réduites.

Sont-ce les seuls ? Et y a-t-il lieu d'y ajouter par exemple une prohibition de mariage entre un individu et les parents de la personne avec laquelle il a entretenu un commerce illicite ? En un mot, y a-t-il à Rome un empêchement de mariage résultant de ce que nous appelons aujourd'hui une affinité naturelle ? Il ne s'agit pas, remarquons-le bien, du cas de concubinat (2) : on vient de voir qu'il existe entre les parents d'un homme et la concubine de celui-ci un empêchement de mariage. Il s'agit d'une union illicite simple, d'un commerce avec une courtisane par exemple. Il n'est pas non plus question de régler les rapports entre le mari d'une femme et les enfants que cette femme a eus précédemment d'un commerce illicite : c'est un point qui a été examiné au chapitre précédent (3). Nous nous plaçons dans l'hypothèse suivante : il n'y a eu ni mariage ni concubinat ; mais un homme a sim-

(1) *Dig.*, l. 12, pr. *eod. titul.*

(2) Même si l'on admet avec MM. Girard et Gide (consulter : Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 178 ; et C. Gide, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, reproduit à la fin de : *Etude sur la condition privée de la femme*, éd. Esmein, Paris, 1885. — En sens contraire : Ch. Giraud, *Le concubinat en droit romain*, compte rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, t. 114, Paris, 1880), que le concubinat n'est qu'une union de fait ; car cette union de fait est une union d'une certaine durée, tandis que le commerce avec une courtisane peut être absolument passager.

(3) *V. supra*, ch. premier, II, *in princip.*

plement entretenu avec une femme des relations irrégulières. Cet homme peut-il désormais épouser une parente de cette femme? Cette femme peut-elle épouser un parent de cet homme?

Aucun texte ne résout la question. Malgré ce silence au moins singulier, plusieurs auteurs, notamment Pothier (1), soutiennent que la législation romaine a connu cet empêchement.

Il est bien certain qu'une semblable lacune paraît choquante dans une législation qui se recommandait bien haut de la morale et de la décence, surtout en matière d'empêchement de mariage. D'ailleurs la parenté naturelle formait un obstacle au mariage : « *Et nihil interest ex iustis nuptiis cognatio descendat, an vero non : nam vulgo quæsitam sororem quis vetatur uxorem ducere* (2); » et l'on a vu les jurisconsultes argumenter souvent de la *cognatio* à l'affinité. Enfin l'on interdisait bien toute union entre deux personnes lorsque l'une d'elles avait vécu avec un ascendant ou descendant de l'autre en état de concubinat ou de *contubernium*. Or cette prohibition ne reposait pas sur une idée d'affinité, puisque celle-ci ne résultait que du mariage ; elle était basée simplement sur une raison d'honnêteté résultant du commerce charnel. Pourquoi donc le commerce charnel n'aurait-il pas produit les mêmes effets lorsqu'il était illicite, que lorsqu'il revêtait la forme de ces deux unions inférieures, le concubinat et le *contubernium* ?

Il faut reconnaître cependant que l'union illicite était fort en défaveur auprès des lois romaines : aussi ces lois ont-elles pu lui refuser les effets qu'elles reconnaissaient

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, part. III, ch. 3, art. 2, § 4, quest. 1.

(2) *Dig.* l. 54, *De rit. nupt.*, xxiii, 2.

au concubinat et au *contubernium*. De plus, un commerce illicite a toujours été chose difficile à prouver en fait, et le droit romain était encore plus pauvre sur ce point que nos législations modernes. Enfin le droit romain ne professait pas, au sujet des rapports qui se créent par simples relations sexuelles, la rigidité qu'on rencontre en droit canonique par exemple.

C'en est assez pour donner à penser, en l'absence de tout texte sur la question, qu'à Rome il n'y avait vraisemblablement dans ce cas qu'une prohibition de mariage admise par les mœurs, peut-être par la religion, mais nullement par le droit.

IV. — SANCTIONS DE L'EMPÊCHEMENT D'AFFINITÉ

Qu'arrive-t-il si, en dépit de l'empêchement légal, deux alliés au degré prohibé s'unissent en mariage ? Deux sanctions sont encourues, et chacune d'elles est grosse de conséquences: il y a d'une part nullité de mariage, d'autre part crime d'inceste.

La nullité de l'union est un effet commun à tous les empêchements de mariage ; aussi sera-t-elle exposée assez succinctement. Par contre, des détails plus amples seront consacrés à l'inceste, dont la production est spéciale aux deux empêchements de parenté et d'affinité et aux empêchements d'honnêteté publique qui s'y rattachent.

§ I^{er}. — Nullité du mariage.

L'union entre deux alliés au degré prohibé est nulle ; elle ne constitue pas un mariage et n'est considérée que comme un simple rapprochement physique : on ne voit dans les deux alliés ni un mari (*vir, maritus*), ni une

épouse (*uxor, matrona*), ni deux conjoints (*conjuges, mariti*) (1).

Si la femme a apporté des biens en dot, le mot dot est ici une appellation impropre : ces biens n'ont pas le caractère dotal et échappent aux règles spéciales de la dot (2). Aussi doivent-ils être restitués, ainsi que les fruits sur eux perçus, défaction faite des impenses nécessaires (3). Tel est l'effet de la nullité du mariage au point de vue de la dot : on verra plus loin ce qu'il advient de celle-ci par suite du caractère incestueux de l'union annulée.

Toujours par suite de la nullité du mariage, les enfants ne peuvent être légitimes ; ils ne sont pas placés sous la puissance paternelle ; en outre, bien que leur filiation

(1) « *Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* » (*Instit.*, liv. 1, tit. 10, *De nupt.*, § 12).

(2) « *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quæ consistere non possunt. Neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.* » (*Dig.*, l. 3, *De jure dotium*, xxiii, 3). — V. aussi : *Dig.*, l. 2, *De his quæ ut indignis*, xxxiv, 9, et la note précédente. — D'après un autre texte, il n'y a pas à proprement parler *dos*, mais *quasi dos* : *Dig.*, l. 13, § 1 *circa finem, De hereditat. petit.*, v, 2.

(3) « *Incestæ nuptiæ neque dotem habent: et ideo omne quod perceptum est, licet fructuum nomine, auferetur.* — *Dote propter illicitum matrimonium caduca facta, exceptis impensis necessariis, quæ dotem ipso jure minuere solent, quod judicio de dote redditurus esset, maritus solvere debet.* » (*Dig.*, ll. 52 et 61, *De rit. nupt.*, xxiii, 2). — V. *Dig.*, l. 1, § 2, *De impens. in res dotales factis*, xxv, 1. — Ne pas confondre ce cas avec celui où la dot a été constituée, mais sans que le mariage ait eu lieu : la dot est alors répétée par celui qui l'a constituée, et ce au moyen de la *condictio sine causa*. V. *Dig.*, l. 5, pr. et § 1, *De condict. sine causa*, xii, 7 ; et le *Cours de Pandectes* de M. Jobbé-Duval sur les *Conditiones*, professé à la Faculté de Droit de Paris (1897-98), 20^e leçon.

paternelle soit constante, en fait, on la considère comme incertaine ; en un mot ils sont assimilés complètement aux enfants *sine patre et vulgo concepti*. C'est ce qu'indique le texte, déjà cité en partie, des *Institutes* de Justinien ; c'est ce qu'affirment surtout d'une manière formelle d'autres textes d'Ulpien et du *Digeste* (1). Nous aurons néanmoins à revenir sur la condition de ces enfants, car chez eux la qualité d'enfants *sine patre* se double de la qualité d'enfants incestueux, qui entraîne des déchéances particulières.

La nullité du mariage peut-elle être conjurée par la bonne foi des époux ? En d'autres termes deux alliés qui se marient en ignorant la prohibition qui s'oppose à la validité de leur union, peuvent-ils exciper de leur bonne foi pour bénéficier d'une sorte de mariage putatif ? Il existe un rescrit de Marc-Aurèle déclarant *justi* les enfants nés d'un mariage entre un oncle maternel et sa nièce, laquelle n'avait pas eu connaissance de l'empêchement légal. Cette constitution porte bien le germe de notre mariage putatif ; mais la théorie du mariage putatif devait être généralisée seulement par le droit canonique. Le rescrit de Marc-Aurèle est non pas une règle de principe, mais une décision d'espèce, prononcée dans un cas spécial et en vertu de circonstances exceptionnelles (2), et rien ne

(1) *Instit.*, liv. 1, tit. 10, *De nupt.*, § 12 ; Gaïus, 1, § 64 ; Ulpien, v, § 7. — *Dig.*, l. 23, *De stat. hom.*, 1, 5.

(2) A la bonne foi de la mère s'ajoutaient encore les trois considérations suivantes : 1° le mariage avait été déterminé par l'influence d'une grand-mère de la femme ; 2° il avait duré 40 ans sans disparition de la bonne foi ; 3° beaucoup d'enfants en étaient issus. (*Dig.*, l. 57, § 1, *De rit. nupt.*, xxiii, 2). — V. aussi une décision analogue que rendit Antonin le Pieux en faveur d'un sénateur qui avait épousé une affranchie se disant ingénue. (*Dig.*, l. 58, *eod. titul.*).

prouve qu'on en ait fait l'application à tous les cas de mariages incestueux contractés de bonne foi.

On peut encore signaler dans le même sens une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius, reproduite au Code de Justinien. Elle valide les donations *propter nuptias*, en cas de noces illégitimes, au profit des hommes et des femmes « *qui aut errore acerrimo, non affectato, insimulatove, neque ex vili causa decepti sunt,* » pourvu qu'ils se séparent dès qu'ils ont reconnu leur erreur (1).

Sauf cette restriction, le mariage entre alliés aux degrés prohibés est nul, d'une nullité que le droit moderne qualifierait d'absolue : elle est en effet invocable en tout temps et par tout intéressé ; elle n'est d'ailleurs pas susceptible de se couvrir, l'empêchement d'alliance ne pouvant cesser d'exister.

§ II. — Crime d'inceste.

L'infraction aux prohibitions de mariage que nous avons étudiées constitue le crime d'inceste : « *Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit, incestum dicitur committere* (2). » Il en est ainsi d'ailleurs de tout commerce avec les mêmes personnes en dehors du mariage (3).

(1) *Cod.*, l. 4, *De incest. et inutil. nupt.*, v. 5. — *L'error acerrimus* est souvent une excuse. V. des cas analogues : *Dig.*, l. 68, *De rit. nupt.*, xxiii, 2 ; *Dig.*, l. 38, § 2, *Ad leg. Jul. de adult.*, xlviii, 5 ; *Nov. xii, cap. 1 in fine.* — Le texte du Code excuse aussi les époux qui ont été *ætatis lubrico lapsi* : *V. Dig.*, l. 38, § 4, *Ad leg. Jul. de adult.*, xlviii, 5.

V. une décision analogue pour le conjoint de bonne foi du bigame, dans une constitution de Valérien : *Cod.*, l. 18, *Ad leg. Jul. de adult.*, ix, 9.

(2) *Dig.*, l. 39, § 1, *De rit. nupt.*, xxiii, 2.

(3) *Dig.*, l. 38, pr. et § 3, *Ad legem Juliam de adulter.*, xlviii, 5.

Dans la langue religieuse et dans les œuvres littéraires le mot *incestus* avait, surtout au début, un sens beaucoup plus étendu : il servait aussi à désigner le commerce d'un homme avec une vestale (1), et même avec toute autre femme si c'était dans un lieu sacré (2).

À l'origine, l'inceste était vraisemblablement puni de peines capitales, et, s'il faut en croire Cicéron, ce châtiement était encore prononcé de son temps : « *Incestum pontifices supremo supplicio sanciunt* » (3). » C'est que l'inceste était considéré comme un des crimes les plus graves : nous savons en effet, toujours par Cicéron, qu'il était défendu à Rome de mettre les esclaves à la torture pour les faire déposer contre leurs maîtres, sauf en cas d'accusation de deux crimes atroces, le crime contre la République et l'inceste. C'est ainsi que des esclaves furent mis à la

(1) « Crassus fut absous à pur et à plein de l'inceste (accointance avec une vestale) dont il estoit mescreu. » (Amyot, *Crass.*, 1).

(2) Tel fut le cas de Clodius qui, reconnu et dénoncé par une esclave, fut surpris en habit de femme chez Pompéia, femme de César, où l'on célébrait les mystères annuels de la Bonne Déesse, absolument interdits aux hommes. On ignore si cet adultère fut consommé ; on sait seulement que César, pour ménager Clodius, oublia son offense, déclara même qu'il n'avait rien à lui reprocher, et en revanche répudia Pompéia, sous cet étrange prétexte que « la femme de César ne devait pas même être soupçonnée ». — L'acte de Clodius, qui pour nous constituerait un simple adultère, était aussi à Rome un inceste. Cicéron, qui y fait plusieurs fois allusion dans le *Pro Milone*, le qualifie tantôt *incestus*, tantôt *incestum stuprum*, tantôt *adulterium* : « ... *cujus enim de illo incesto stupro judicium decernendi senatui potestas esset erepta*... » (*Pro Milone*, v). — « ... *cujus nefandum adulterium in pulvinaribus sanctissimis nobilissimæ feminæ comprehenderunt*. » (*Pro Milone*, xxvii).

(3) Cicéron, *De legibus*, II, 9. — Cependant, malgré l'apparente généralité des termes, il y aurait lieu de se demander si ce texte ne vise pas l'inceste religieux, à l'exclusion de l'inceste d'alliance et de parenté (arg. du mot *pontifices* et du contexte).

question dans l'affaire de la conjuration de Catilina et dans celle d'un inceste commis par Clodius (1).

Avec l'Empire païen, l'inceste conserve son caractère de gravité exceptionnelle : même au temps de Papinien, on le juge encore plus grave que l'adultère, bien qu'en fait on ait une tendance à le réprimer plus humainement (2). La loi Julia, préoccupée surtout de la répression de l'adultère, négligea quelque peu l'inceste et sembla même ne vouloir le frapper que lorsqu'il était joint à l'adultère : « *Si quis viduam, vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est : et incestum, quia cognatam violavit contra fas ; et adulterium, vel stuprum adjungit. Denique hoc casu servi in persona domini torquentur* (3). » Dans ce cas de commerce réunissant les caractères de l'inceste et de l'adultère, on peut torturer

(1) « *De servis nulla quæstio est in dominos, nisi de incestu, ut fuit in Clodium.* » (Cicéron, *Pro Milone*, xxii). — Là encore (v. note précédente) on peut se demander s'il s'agit d'un inceste religieux ou d'un inceste de parenté ou d'alliance. En effet, Clodius avait bien commis un inceste religieux (v. *supra*, p. précéd., note 2), mais il avait aussi commis un inceste de parenté, à propos duquel il y avait eu justement des esclaves soumis à la torture, et c'est peut-être bien à ce dernier que Cicéron fait allusion. « Lucullus produisit des servantes qui déposèrent que Clodius avait eu commerce avec la plus jeune de ses sœurs, femme de ce même Lucullus ; c'était aussi un bruit généralement répandu qu'il avait déshonoré ses deux autres sœurs... » (Plutarque, *Vie de Cicéron*, 37). V. aussi Cicéron, *Pro Milone*, xxvii. — Un autre texte de Cicéron sur la torture des esclaves est conçu en termes plus généraux : « *Dicendum... de nostrorum etiam prudentissimorum hominum institutis qui, quum de servis in dominos quæri noluissent, de incestu tamen et conjuratione, quæ facta me consule est, quærendum putaverunt* ». (Cicéron, *Oratoriæ partitiones*, 34).

(2) *Dig.*, l. 38, § 3, *Ad leg. Jul.*, xlviii, 5.

(3) *Dig.*, l. 5, *De quæstionibus*, xlviii, 18.

les esclaves pour les faire déposer contre leurs maîtres :
» *De servis quæstionem in dominos incesti postulatos ita demum habendam respondi, si per adulterium incestum esse contractum dicatur* (1). »

Quant à l'inceste seul, la jurisprudence le frappa d'une peine assez mal définie (2). On distinguait à cette époque deux sortes d'incestes : l'inceste du droit des gens, commis entre parents en ligne directe, et l'inceste du droit civil, commis entre parents collatéraux ou entre alliés (3). L'inceste du droit des gens, ne pouvant intervenir qu'entre parents, ne rentre pas dans notre sujet (4). L'inceste du

(1) *Dig.*, l. 39, § 8, *Ad leg. Jul.*, XLVIII, 5. — Voici dans le droit des Novelles un autre effet de l'adultère doublé d'inceste avec un allié en ligne directe. La Nouvelle 115 prévoit, parmi les cas où l'exhérédation des enfants est permise, celui où le fils a eu commerce avec sa belle-mère ou avec la concubine de son père (*cap.* III, § 6); la même Nouvelle (*cap.* 4, § 3) reconnaît en sens inverse au fils le droit d'exhérer son père qui a commis vis-à-vis de lui le même crime. Dans le premier cas, le père n'a pas le droit de tuer son fils, *nam patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere* (*Dig.*, l. 5, *De lege Pomp. de parricid.*, XLVIII, 9).

(2) *Dig.*, l. 39, pr., *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5.

(3) « *Jure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium, vel descendentium uxorem duxerit. Qui vero ex latere eam duxerit, quam velatur, vel adfinem quam impeditur...* » Paul, *Dig.*, l. 68, *De rit. nupt.*, XXIII, 2). — Un auteur a prétendu que l'inceste entre alliés était du droit des gens en ligne directe, du droit civil en ligne collatérale; il en a conclu que les mots *vel adfinem* étaient une interpolation, le mariage n'étant pas interdit entre alliés en ligne collatérale au temps du jurisconsulte Paul. Ce n'est pas ainsi, croyons-nous, qu'il faut comprendre ce texte; on n'appelle inceste du droit des gens que celui qui est commis entre *parents* en ligne directe; l'inceste entre alliés est toujours de droit civil; les mots *vel adfinem* désignent alors les alliés en ligne directe.

(4) Disons en deux mots que par l'inceste du droit des gens la femme encourt la *relegatio in insulam*, ainsi que la confiscation de sa dot et du tiers de ses biens; le mari la confiscation de la moitié de ses biens

droit civil reste impuni chez la femme, que fait excuser son ignorance présumée du droit. L'homme au contraire est toujours puni, mais moins sévèrement si l'inceste a été ostensiblement commis, la publicité donnée à la faute faisant présumer l'erreur (1).

L'inceste simple est passible d'une peine plus douce que l'adultère, dit Papinien, bien que le crime soit plus grave (2). Il est excusable, à la différence de l'adultère, en raison du sexe (on l'a déjà vu), et aussi en raison de l'âge et de la bonne foi ; mais il semble bien, et c'est d'ailleurs conforme aux principes, que dans tous les cas les époux incestueux doivent être séparés (3).

Au point de vue de la procédure, disons en deux mots que l'inceste peut être poursuivi à la fois contre les deux

et la relégation dans une île différente (Paul, II, 26, § 14). — Cet inceste relevant de la loi naturelle autant que du droit positif, la femme n'est jamais excusable en raison de son ignorance du droit (*Dig.*, I, 38, § 2, *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5. — V. cependant : I, 38, § 7, *eod. titul.*).

(1) *Dig.*, I, 38, §§ 2, 4 et 7, *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5 ; *Dig.*, I, 68, *De rit. nupt.*, XXIII, 2. — D'une manière générale, celui qui commet une infraction en secret est puni avec plus de sévérité. (*Dig.*, I, 54, *De administrat. tutor.*, XXVI, 7 ; I, 5, § 4, *De auctor. tutor.*, XXVI, 8 ; I, 3, § 1, *De jure fisci*, XLIX, 14).

(2) *Dig.*, I, 38, § 3, *Ad legem Juliam*. — Comme on l'a déjà dit, cette peine n'est pas bien connue, les textes qui prononcent la *relegatio in insulam* semblant viser l'inceste du droit des gens, et non l'inceste du droit civil (Paul, II, 26, §§ 14 et 15). — Un autre passage de Paul (*Sent.*, II, 19, § 5. — *Collatio legum mosaïc. et roman.*, VI, 3) dit cependant que la peine est celle de l'adultère ; mais Papinien, dans le texte du *Digeste* auquel on vient de renvoyer, constate qu'on appliquait généralement un traitement plus doux.

(3) *Dig.*, I, 38, §§ 4-7, *Ad legem Juliam*, XLVIII, 5. — Pour qu'une excuse puisse être admise, il semble bien résulter des textes que l'inceste doit avoir été commis en mariage, *per illicitum matrimonium*, et non par un simple commerce illicite (*Ibid.*, §§ 3 et 7).

époux (1), et que la mort ne semble pas éteindre l'action (2). Il faut remarquer aussi que, sous la loi Julia, on n'autorise plus à torturer les esclaves pour les faire déposer contre leurs maîtres dans les accusations d'inceste simple : « *In incesto (ut Papianus respondit, et est rescriptum) servorum tormenta cessant : quia et lex Julia cessat de adulteriis* » (3). »

L'influence de la religion chrétienne ne pouvait modifier la répression de l'inceste que dans le sens de la sévérité : aussi les empereurs chrétiens furent-ils amenés à édicter des peines très rigoureuses contre les mariages incestueux. On confisquait déjà la dot ; en 363, une constitution ordonne aussi la confiscation de toutes les donations entre les époux, faites soit avant, soit depuis le mariage (4).

Trois ans après, paraît une nouvelle constitution plus sévère encore (5). Elle rappelle les effets déjà connus des unions incestueuses : la femme n'a pas le titre d'*uxor*, les enfants ne sont pas légitimes, la dot est confisquée. Elle

(1) A la différence de l'adultère, qu'on ne peut plus poursuivre s'il a été commis par les deux époux ; l'inceste étant commis nécessairement par les deux époux à la fois, la solution devait être différente (*Dig.*, l. 39, §§ 6 et 7, *Ad leg. Jul. de adult.*).

(2) « *Defuncta quoque socru, gener incesti postulabitur, ut adulter post mortem mulieris.* » (*Dig.*, l. 44, *Ad leg. Jul. de adult.*). — Ce texte suppose à notre avis que la belle-mère était veuve ou divorcée, ce qui est bien le cas de l'inceste simple, et non pas de l'inceste doublé d'un adultère.

(3) *Dig.*, l. 4, *De quæstionibus*, XLVIII, 18. — V. aussi : *Dig.*, l. 17, pr. et § 1, *eod. titul.* ; *Code*, l. 1, *De quæstionibus*, IX, 41.

(4) Une exception est cependant admise en faveur de l'époux de bonne foi ou de l'époux mineur de vingt-cinq ans, pourvu qu'il cesse la vie commune dès qu'il a reconnu son erreur ou dès qu'il est parvenu à la majorité : *Code*, l. 4, *De incest. et inutil. nupt.*, v, 5 (v. *supra*, § 1 *in fine*).

(5) *Cod.*, l. 6, *De incest. et inutil. nupt.*, v, 5. — *Code Théodosien*, III, 12, 3.

édicte aussi de nouvelles déchéances. Celui qui a contracté un mariage incestueux ne peut faire bénéficier sa femme et les enfants qu'il a eus d'elle ni d'une donation entre vifs, ni d'une donation à cause de mort, faites soit directement, soit par personne interposée. Il est également privé du droit de tester en faveur de personnes étrangères à sa famille : qu'il laisse ou non un testament, son hérédité est dévolue à ses parents en ligne directe, ou en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle. Encore faut-il que ces parents soient nés d'un mariage légitime, sans quoi ils ne sont pas admis à succéder, et que l'union incestueuse n'ait pas été contractée à leur instigation, sinon le parent le plus proche après eux succède à leur place. A défaut de parents qui remplissent toutes ces conditions, la succession revient au fisc impérial.

La rigueur de cette constitution est telle que, contrairement aux précédents, elle prononce d'une manière générale la même peine contre les femmes que contre les hommes.

Ce qu'il y a de plus remarquable dans le droit romain de cette époque, en ce qui concerne notre étude, c'est le sort des enfants incestueux. Ils n'ont droit à rien, ni à des libéralités entre vifs, ni à la succession de leurs auteurs, ni même à des aliments : d'après Ulpien, les enfants n'ont droit à des aliments que s'ils sont légitimes (1).

Justinien, qui accorde des aliments aux enfants naturels simples, se montre plus sévère encore que ses prédécesseurs à l'égard des mariages incestueux. Il déclare au début d'une de ses Nouvelles que les lois régissant cette matière lui semblent imparfaites, parce que les époux

(1) *Dig.*, l. 5, §§ 4 et 6, *De agnoscend. liber.*, xxv, 3.

coupables d'inceste restent impunis (1), tandis que leurs enfants n'ont pas droit à leur succession, subissant ainsi les conséquences d'une faute qui n'est pas la leur (2). Après un préambule aux idées aussi équitables, on pourrait s'attendre à voir Justinien adoucir la condition des enfants incestueux : il n'en est rien, et, s'il la trouve moins favorisée que celle de leurs parents, c'est pour empirer celle-ci plutôt que pour améliorer celle-là. Après avoir remarqué que les enfants incestueux sont injustement frappés pour le crime de leurs auteurs, il eût été cependant équitable et logique de lever au moins une partie des déchéances qui les frappaient, et en particulier de leur reconnaître vis-à-vis de leurs parents une créance alimentaire (3). Mais, « dans le système de législation qui dominait alors, on ne se croyait pas obligé de tirer les conséquences des règles

(1) Novelle 12, pr. — V. cependant : *Dig.*, l. 5, *De quæstionibus*, XLVIII, 18 (cité *supra*, p. 77) : ce texte, quoi qu'en disent certains auteurs, n'est pas contraire à ce que dit ici Justinien, car il ne prononce la déportation contre l'inceste que lorsqu'il est accompagné d'adultère. — D'autres textes (*Dig.*, l. 68, *De rit. nupt.*, XXIII, 2 ; l. 38, *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5) supposent, on l'a vu, que l'inceste est puni, mais assez légèrement, et peut-être la jurisprudence avait-elle laissé tomber ces peines en désuétude, estimant que les déchéances juridiques édictées par les constitutions impériales étaient un châtimement suffisant.

(2) Cette idée avait déjà été invoquée au profit des enfants naturels (*Cod.*, l. 7., *De natural. liberis*, v, 27) et en faveur des enfants d'une manière générale par une décision de Paul (*Dig.*, l. 4, *De agnoscend. et alend. liberis*, XXV, 3).

(3) Les enfants incestueux eux-mêmes avaient été déclarés par Papien capables de remplir les charges publiques, parce que la faute de leur père et le vice de leur naissance ne pouvaient les rendre infâmes : « *Spurii decuriones fiunt ; et ideo fieri poterit ex incesto quoque natus ; non enim impedienda est dignitas ejus, qui nihil admisit.* » (*Dig.*, l. 6, pr. *De decurion.*, l, 2). Mais cette décision isolée avait surtout pour but d'assurer des titulaires aux charges de décurions considérées comme onéreuses, et par suite peu recherchées.

établies : on imposait aux enfants incestueux, des devoirs et on leur refusait des droits, même le droit sacré des aliments (1) », et les Novelles n'ont pas de termes assez durs pour flétrir les enfants incestueux, en leur refusant les aliments et généralement toutes les faveurs concédées par cette législation aux enfants naturels (2).

Justinien maintient contre l'homme et la femme coupables d'inceste les peines édictées par ses prédécesseurs, auxquelles il ajoute des peines corporelles (3). Il ordonne, en outre, qu'ils seront immédiatement dépouillés de tous leurs biens au profit de leurs enfants légitimes, et, s'ils n'ont pas d'enfants légitimes, au profit du fisc. En même temps, par suite d'une sorte de déchéance de la puissance paternelle, ces enfants légitimes deviennent *sui juris* et sont tenus seulement de fournir des aliments à leurs auteurs (4). Ainsi donc, l'homme, qui s'est rendu coupable d'un inceste et qu'on n'oblige pas à fournir des aliments aux malheureux enfants nés de cet inceste, a le droit d'en exiger de ses autres enfants s'ils sont légitimes !

Malgré des sanctions aussi sévères (5), il faut bien croire que la prohibition de l'inceste rencontrait dans l'Empire

(1) Nougariède, *Lois du mariage et du divorce depuis leur origine dans le droit romain*, 2^e éd., Paris, 1816, p. 191.

(2) Novelle 74, cap. 6; Novelle 89, cap. 15.

(3) «... *Sitque ei pœna, non confiscatio solum, sed etiam cinguli privatio, et exilium: et si vilis fuerit, etiam corporis verberatio...* » (Novelle 12, cap. 1.) — Il est à remarquer que Justinien ne punit la femme que si elle connaît le droit, *si legem sciens*.

(4) Novelle 12, cap. 1 et 2.

(5) Il y avait bien eu quelques retours à l'indulgence. V. par exemple la Novelle 139 (*indulgentia illicitæ contractarum nuptiarum*); mais cette Novelle n'était applicable, croyons-nous, qu'à certains mariages illicites (Novelle 22, cap. 4; Novelle 117, cap. 10), et non aux mariages incestueux.

une indocilité difficilement réductible, car Justinien fut obligé de la renouveler, en particulier pour certaines provinces de l'Orient. Voulant alors porter le dernier coup aux mariages incestueux, il n'hésita pas à prononcer la peine capitale, non seulement contre les époux, mais aussi contre les enfants nés de leur union (1).

V. — DISPENSES D'AFFINITÉ.

On a réservé jusqu'ici l'étude d'une question qui présente beaucoup moins d'importance en droit romain qu'elle n'en offrira par exemple en droit canonique et même en droit moderne, celle des dispenses. Deux alliés auxquels la loi interdisait de se marier pouvaient-ils obtenir qu'on fit pour eux exception et qu'on les autorisât par une dispense spéciale à contracter ensemble les *justæ nuptiæ* ?

On peut, en législation, poser le principe suivant : quand un empêchement de mariage est de droit naturel, il n'est au pouvoir de personne d'en dispenser ; au contraire, quand un empêchement est de pur droit positif, les dispenses deviennent possibles. En effet, si l'autorité d'un souverain est impuissante à rendre honnête un acte défendu par la loi naturelle, en revanche elle a bien le droit d'apporter après coup telles exceptions qu'il lui plaît aux règles qu'elle a posées elle-même et qu'il dépendait d'elle seule de ne pas édicter.

(1) Nouvelle 154, rendue pour ceux « *qui Mesopotamiam et Osdrœnam provincias incolunt.* » — C'est à peine si Justinien consent à ne pas donner un effet rétroactif à la peine qu'il édicte et, s'il veut bien ne pas le faire, c'est par faveur pour ces provinces qui ont souvent à souffrir des invasions ennemies et dont les populations rustiques n'ont qu'une connaissance imparfaite du droit. (V. un cas semblable : Nouvelle 144, *cap.* 2).

Or, on l'a vu, les jurisconsultes romains considéraient l'empêchement d'affinité comme étant de pur droit civil (1). Logiquement ils auraient dû en conclure qu'on pouvait en dispenser; et cependant, sauf une exception dont il sera parlé plus loin, les dispenses furent chose inconnue à Rome.

Il y avait à cela plusieurs raisons. En premier lieu, la distinction que nous avons faite entre les empêchements de droit naturel et ceux de droit positif ne semble pas avoir été discernée par les jurisconsultes romains: elle devait être beaucoup plus tard l'œuvre des canonistes et des civilistes. D'ailleurs, le droit romain avait beau ne vouloir rattacher l'empêchement d'affinité qu'au seul droit positif, il était bien obligé de reconnaître que cet empêchement avait surtout sa source dans la loi morale; et l'on a vu que cette idée l'avait conduit à admettre d'autres prohibitions de mariage basées sur une sorte d'affinité résultant soit du concubinat, soit du *contubernium*. Sous l'Empire chrétien, on avait encore un autre motif de se montrer défavorable aux dispenses, c'était le respect dû à la loi divine; cependant, déjà à cette époque, on commençait à soutenir que la loi divine autorisait des exceptions à l'empêchement d'affinité, du moins en ligne collatérale. Enfin une considération d'ordre social s'opposait surtout à l'admission des dispenses. Dans une société aussi corrompue que la société romaine, où il était fait du divorce un abus devenu proverbial, on sentait le besoin de faire observer toutes les règles du mariage d'autant plus strictement que l'une d'elles, l'indissolubilité du lien matrimonial, était plus fréquemment violée: si on avait pu

(1) V. *supra*, ch. premier, 1 et II.

se jouer des empêchements de parenté et d'affinité comme on se jouait au moyen du divorce de l'empêchement de bigamie, c'en était fait du mariage.

Basilisque cependant accorda des dispenses de parenté au degré d'oncle à nièce et des dispenses, d'affinité entre beau-frère et belle-sœur. Mais Zénon condamna ces dispenses, en des termes dont la rigueur trahit peut-être encore plus son ressentiment contre Basilisque l'Usurpateur que son souci de l'observation des convenances dans le mariage (1).

CHAPITRE QUATRIÈME

Autres effets de l'affinité.

Le chapitre précédent a été consacré à l'étude de la prohibition du mariage résultant de l'affinité. Mais cette prohibition, pour être l'effet le plus important de l'affinité, n'en est cependant pas le seul. Des dispositions éparses dans les textes reconnaissent en effet à l'alliance plusieurs autres conséquences juridiques que l'on examinera en les groupant sous trois chefs, suivant qu'elles se rattachent au droit civil, au droit pénal ou à la procédure.

Chacune d'elles est basée sur cette idée que l'allié, sans être un parent par le sang, fait presque partie de la famille, et qu'en raison de cette situation particulière il

(1) *Cod.*, l. 9, *De incest. et inutil. nupt.*, v. 5. — La suscription de cette loi porte le nom d'Anastase, mais elle fut rendue par Zénon (Cujas, viii, *Observ.* 28).

convient de lui reconnaître certains droits et de lui imposer certains devoirs.

I. — EFFETS DE L’AFFINITÉ EN DROIT CIVIL.

Le plus important des effets de l’affinité en droit civil est l’empêchement de mariage dont elle est la source et qui, par suite même de son importance, a été distrait de ce chapitre et séparément examiné.

L’affinité donne-t-elle naissance à une obligation alimentaire (1) en droit romain comme dans notre Code civil? Contrairement à une opinion assez répandue et déjà professée par les vieux commentateurs des *Pandectes*, Godefroy et Voët (2), nous adoptons la négative. Le gendre et la bru ne doivent pas d’aliments à leur beau-père ni à leur belle-mère. Ils sont bien vis-à-vis d’eux *loco filii, loco filiæ*; ainsi le déclarent les *Institutes*. Mais cette qualification leur est donnée dans un passage qui a trait exclusivement à l’empêchement de mariage résultant de l’affinité; elle perd donc toute sa force en dehors de cette hypothèse (3). De même, on verra plus loin que, la bru

(1) Consulter sur ce point : Charle, *De l’obligation alimentaire en droit romain*, thèse, Paris, 1897, p. 100 et s. — On n’étudiera pas ici l’obligation alimentaire entre époux, bien qu’en droit romain ils soient considérés comme alliés (v. Charle, *op. cit.*, p. 85 et s.).

(2) Ces auteurs, du reste, ne formulent pas leur opinion sans quelque hésitation; v. en particulier : Voët, *Ad Pandectas*, 25, 3, § 10. — V. dans notre sens; Muhlenbruck, *Doctrina Pandectarum*, § 211; Charle, *op. et loc. citat.*

(3) Voici d’ailleurs ce texte : « *Adfinitatis quoque veneratione quarumdam nuptiis abstinere necesse est. Ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utræque filiæ loco sunt.* » (*Instit.*, liv. 1, tit. 10, *De nupt.*, § 6). — V. cependant la même expression employée à propos du bénéfice de compétence. (*Dig.*, l. 16, *solutio matrimonio*, xxiv, 3) : *infra*, même chapitre, *in fine*.

actionnant son beau-père en restitution de la dot, ce dernier peut lui opposer une exception spéciale lui permettant de conserver par devers lui les ressources nécessaires à sa subsistance. Mais cela ne prouve pas que sa bru lui doive des aliments. Certes le bénéfice de compétence et la créance alimentaire reposent sur les mêmes idées d'humanité et de déférence ou tout au moins d'affection présumées ; mais, s'il est vrai de dire que le droit aux aliments confère toujours le bénéfice de compétence, par contre la réciproque n'est pas nécessairement exacte : les associés, par exemple, peuvent s'opposer les uns aux autres le bénéfice de compétence (1), sans que pour cela il existe entre eux une obligation alimentaire.

Il n'a été question jusqu'ici que du gendre et de la bru, *gener, nurus*, vis-à-vis de leur beau-père et de leur belle-mère, *socer, socrus*. Mais il existe encore d'autres alliés en ligne directe aussi rapprochés : ce sont le parâtre et la marâtre, *vitricus, noverca*, d'une part, et les enfants d'un premier lit de leur conjoint, *privignus, privigna*, d'autre part. Pour ceux-ci il existe un texte, qui semble bien au premier abord créer entre eux une obligation alimentaire : « *Si paterno affectu privignas tuas aluisti, seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti: ejus erogationis tibi nulla repetitio est. Quod si, ut repetiturus ea, quæ in sumptum misisti, aliquid erogasti: negotiorum gestorum tibi intentanda est actio* (2). »

La première phrase de ce passage, en refusant au beau-père le droit de répéter les sommes qu'il a consacrées à l'entretien et à l'éducation de ses belles-filles, pourrait

(1) *Instit.*, liv. iv, tit. 6, *De actionibus*, § 38.

(2) *Cod.*, l. 15, *De negotiis gestis*, II, 19.

donner à croire qu'il s'agit là d'aliments fournis en vertu d'une obligation légale et que, si la répétition n'en est pas admise, c'est qu'ils étaient bien réellement dus. Mais, qu'on le remarque, la répétition de ces dépenses n'est refusée que si elles ont été faites *paterno affectu* ; elle est admise dans le cas contraire, comme le dit expressément la fin du texte. Si le *vitricus* a payé les frais d'entretien et d'éducation de ses belles-filles, et ce *paterno affectu*, il est considéré comme un individu quelconque qui a agi *pietate ductus* ou *cum animo donandi*, et, de même qu'à cet individu, on lui dénie le droit de répéter. Si au contraire le parâtre, en faisant ces dépenses, n'a pas été poussé par son amour paternel, il n'y a plus alors *animus donandi*, mais *animus gerendi*, et le montant peut en être réclamé par l'*actio negotiorum gestorum contraria*. C'est le droit commun et notre texte ne fait qu'appliquer au beau-père une règle qui s'appliquerait aussi bien à une autre personne.

Il y a plus. Si le *vitricus* était soumis à une obligation alimentaire vis-à-vis de ses *privignæ*, comme le père vis-à-vis de ses enfants, il n'aurait jamais l'action *negotiorum gestorum contraria* : on ne peut répéter ce qu'on a payé en vertu d'une dette (1). Non seulement donc le texte précité du Code ne crée pas d'obligation alimentaire entre le beau-père et la belle-fille, mais il prouve au contraire que cette obligation n'existe pas.

(1) C'est la fin de non-recevoir opposée par Sévère à une femme qui voulait répéter les sommes par elle dépensées pour faire déclarer suspects les tuteurs de ses enfants et leur en faire donner d'autres : « *Munere pietatis fungebarris : quæ causa non admittit negotiorum gestorum actionem... cum etiam, si quis pro affectione domestica aliquos sumptus fecerit, nulla ratione eos repetere possit.* » (Cod., l. 1, De negotiis gestis, II, 19).

C'est en effet la conclusion à laquelle il faut arriver : il n'est pas dû d'aliments entre alliés. S'il en était autrement, les textes en porteraient la trace et mentionneraient expressément une dette alimentaire que n'imposent ni la nature des choses ni l'étroitesse des liens comme en cas de parenté.

*
* *

L'affinité étant comme une image affaiblie de la parenté, les alliés devaient se voir concéder quelques-uns des droits qui appartiennent aux véritables parents : la matière de la tutelle présente des applications de cette idée.

Tout d'abord les alliés sont mentionnés parmi les personnes chargées de provoquer la nomination d'un tuteur à l'enfant qui n'en a pas ; ils occupent, dans l'énumération de ces personnes, le premier rang après les cognats : « *Si minores non habent eos, qui ex legibus sunt, defensores, si quidem tutoribus indigent propter ætatem, possunt petere eis tutores constitui, cognati, et qui secundum affinitatem sunt...* (1) »

Sa qualité d'allié du pupille prive aussi dans un cas particulier le tuteur d'une excuse de tutelle. Le tuteur atilien ou julio-titien (2) fait valoir ses excuses sans être soumis à aucun ordre entre elles ; lorsqu'il les a toutes épuisées, il lui en reste une dernière qui entraîne renonciation tacite à toutes les autres, c'est le *jus nominandi*

(1) *Dig.*, l. 2, pr., *qui petant tutores vel curatores*, xxvi, 6.

(2) Lorsqu'une personne n'avait pas de tuteur, il lui en était nommé un : à Rome par le préteur urbain et la majeure partie des tribuns de la plèbe, d'après la loi Atilia ; dans les provinces, par les présidents de ces provinces, en vertu de la loi Julia Titia. D'où les noms de tuteur atilien et de tuteur julio-titien.

potioris. Cette excuse consiste dans le droit de désigner (*nominare*) une personne préférable (*potior*), en raison des liens de parenté qui l'unissent au pupille, de la fortune dont elle jouit ou de la confiance qu'elle inspire (1). Le *jus nominandi potioris* est refusé au tuteur datif qui est parent ou allié du pupille au sixième degré et même au degré de *sobrino sobrinave natus*, ou enfant d'un petit-cousin (2).

Une question voisine de la tutelle est celle du tribunal de famille, institution peu connue malgré les nombreux textes littéraires qui y font allusion (3). Les alliés faisaient-ils partie de ce tribunal ? A coup sûr, le chef de famille pouvait les y appeler : Valère-Maxime parle, en effet, d'un tribunal de famille composé des *necessarii*, ce qui comprend les alliés (4) ; on pouvait d'ailleurs y convoquer des

(1) Paul, II, 28, §§ 1 et 2 ; *Frag. Vatic.*, 157 et 206.

(2) *Frag. Vatic.*, 158. — Ce texte prive du *jus nominandi potioris* le tuteur qui est allié du pupille au degré où les alliés échappent aux déchéances des lois caducaires. Or, des deux lois caducaires, la loi Papia Poppœa excepte seulement les alliés en ligne directe ou à titre d'époux ; mais la loi Julia les excepte jusqu'au septième degré (*Frag. Vatic.*, 214-219).

(3) Nous passerons rapidement sur le tribunal de famille, qui ne se rattache qu'incidemment à notre sujet. Nous renvoyons pour plus amples détails à : de Jhering, *Esprit du droit romain* (traduct. Meulenaere), II, p. 209 ; Esmein, *Le délit d'adultère à Rome, Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, 1878, en particulier p. 5 et s. ; Fresquet, *Du tribunal de famille chez les Romains, Revue historique du droit français et étranger*, 1855, p. 125. V. surtout dans ce dernier article (p. 142-143) de nombreuses citations de Valère-Maxime, Tite-Live, Sénèque, etc.

(4) « *Lucretia cum gravissimis verbis injuriam suam in consilio necessariorum deplorasset.* » (Valère-Maxime, liv. VI, 1, § 1). Or, dit Festus, « *necessarii sunt, ut Ælius Gallus ait, qui aut cognati aut affines sunt, in quos necessaria officia inferuntur præter cæteros.* »

amis et même des étrangers qu'on choisissait généralement parmi les personnes occupant une haute situation (1) ; à plus forte raison avait-on le droit d'appeler les alliés.

Quelques-uns d'entre eux même faisaient nécessairement partie du tribunal de famille dans le cas particulier où cette assemblée était constituée pour juger une femme mariée. Si la femme était marié *sine manu*, était de droit membre du tribunal de famille le *paterfamilias* du mari, beau-père de la femme ; si la femme était mariée avec *manus*, le tribunal comprenait même les cognats du mari ou alliés de la femme jusqu'au sixième degré (fils de cousins) (2). C'est du moins ce qui semble résulter d'un passage de Polybe, relatif au *jus osculi* : d'après ce texte les parents et les alliés de la femme jusqu'au sixième degré sont désignés dans un cas spécial comme étant admis à constater la faute de la femme, ce qui semble bien aussi impliquer qu'ils sont appelés à faire partie du tribunal de famille chargé de statuer sur cette faute (3).

(1) Pour les *amici*, v. Tite-Live, I, 58 ; Valère-Maxime, liv. II, 4, § 2, et liv. V, 8, § 2. — Pour les étrangers, v. Sénèque, *De Clementia*, xv ; Valère-Maxime, liv. V, 9, § 1.

(2) Nous n'insisterons pas sur ce droit pour les parents du mari de juger la femme, car il nous semble être moins une conséquence de l'affinité proprement dite que de la *manus* combinée avec la *patria potestas*.

(3) Voici en quoi consistait le *jus osculi*. La prohibition faite aux femmes de boire du vin était assurée à Rome par l'obligation où elles se trouvaient de baiser sur la bouche certains de leurs proches, sans doute ceux qui devaient les juger si elles étaient en faute. Si la femme avait pris du vin, il n'y avait pas besoin d'un autre indice pour découvrir le délit. Or, d'après l'historien Polybe, ceux qui avaient vis-à-vis de la femme le *jus osculi* étaient ses parents et ceux de son mari jusqu'au sixième degré : « πρὸς δὲ τούτους φιλεῖν δεῖ τοὺς συγγένεις τοῦς ἑαυτῆς καὶ τοὺς τοῦ ἀνδρός. » (Polybe, liv. VI, frag. 1).

Le tribunal de famille a dû vivre ce qu'a vécu l'autorité absolue de

*
* *

A la différence de la parenté, l'affinité ne confère aucun droit de succession, en cas d'hérédité *ab intestat*. Mais, en matière d'hérédité testamentaire, le droit romain, du moins le droit de Justinien, présente en faveur des affins une disposition assez curieuse, dont il a déjà été question incidemment, à propos de la cessation de l'affinité. La voici en quelques mots. Par testament un fidéicommiss est laissé à la famille du défunt, sans autre clause l'attribuant spécialement à telle ou telle personne. Le fidéicommiss sera dévolu d'abord aux parents, et, à défaut de parents, au gendre et à la bru qui sont de simples alliés : « *Eos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari* », dit Justinien (1). Comme on l'a déjà fait remarquer, cet effet de l'affinité se produit même lorsque le mariage engendrant l'affinité est dissous par la mort du conjoint et bien qu'il ne reste pas d'enfants de ce mariage ; car, si l'époux ou l'un de ses enfants vivait, il serait parent du défunt et comme tel se verrait préféré au gendre et à la bru dans l'attribution du fidéicommiss.

la famille ; sous l'Empire, le pouvoir politique absorba cette juridiction, l'accusation individuelle ayant fait place à l'accusation d'office et la justice étant rendue par l'État au lieu de l'être par la famille. (V. cependant : Suétone, *In Tiber.*, 35 ; et Tacite, *Annales*, liv. XIII, 32).

(1) *Code*, l. 5, *De verborum significat.*, VI, 38 (cité *supra*, p. 55, note 1). C'est une extension très notable du sens du mot *familia*, tel qu'il est entendu au *Digeste* (*Dig.*, ll. 195 et 196, *De verborum significat.*, I, 16). — D'ailleurs le texte suivant de Modestin, inséré au *Digeste*, prouve bien que la décision de Justinien était une innovation : « *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt : aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ultiores voluntatem suam extenderit.* » (*Dig.*, l. 32, § 6, *De legati, et fideicommissis*. (2) xxxi, 1).

Toujours en raison des rapports d'affection qui naissent de l'alliance, en raison aussi de la ressemblance de ce lien avec celui de parenté, les alliés échappaient comme les parents à certaines déchéances édictées par des lois rendues dans un but politique et social. Ainsi, lorsqu'en l'année 550 de Rome la loi *Cincia de donationibus* interdit les donations qui excédaient un taux fixé, elle excepta de cette prohibition les donations faites entre fiancés, entre époux et entre alliés en ligne directe ; il fallait, il est vrai, que le mariage, source de l'alliance, ne fût pas dissous lors de la donation (1).

De même quand Auguste rendit ses célèbres lois caducaires qui frappaient les célibataires et les personnes sans enfants d'une incapacité totale ou partielle de recueillir des successions, il adoucit ces dispositions sévères par quelques exceptions dont une est relative à l'alliance ; la loi *Julia* (736), la première des lois caducaires, accordait la pleine capacité de recueillir, *solidi capacitas*, aux alliés jusqu'au septième degré (2) ; la loi *Papia Poppæa* qui vint en 762 compléter la précédente, semble bien l'avoir profondément modifiée au point de vue qui nous occupe en restreignant cette faveur aux alliés en ligne directe (3).

(1) « *Exciuntur et adfinium personæ, ut privignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa. — Sed in hac adfines qui sunt tempore donationis excipiuntur, idemque etiam divus Pius rescripsit; leges enim, quæ voluissent etiam eos excipere qui fuissent, nominatim id cavisse.* » (Frag. Vatic., 302-303).

(2) « *Exciuntur autem lege quidem Julia cognatorum sex gradus et ex septimo sobrino sobrinave natus... — Item nuptarum nobis cognati a nobis ad eundem gradum vel nostri cognati ab uxoribus nostris excipiuntur.* » (Frag. Vatic., 216 et 217).

(3) « *Lege autem Papia tñ adfines excipiuntur, qui vir et uxor et gener et nurus et socer et socrus unquam fuerunt. — Item vitricus noverca.*

II. — EFFETS DE L’AFFINITÉ EN DROIT PÉNAL.

On a déjà vu que le mariage entre certains alliés constitue le crime d’inceste et que l’adultère entre ces mêmes personnes est soumis à des règles spéciales.

Mais il existe au point de vue pénal un autre effet bien plus curieux de l’affinité : le meurtre commis sur la personne de certains alliés est en droit romain un parricide. Cette qualification, qui nous paraît aujourd’hui singulière, s’explique par ce fait déjà signalé que les Romains considéraient à certains égards les alliés rapprochés comme de véritables parents (1).

Les premières lois romaines appelaient parricide le meurtre d’une personne quelconque : telles sont la loi de Romulus et celle de Numa Pompilius (2). Cependant, une

privignus privigna vel ipsorum vel eorum qui in eorum potestate matrimoniove sunt quive fuerunt » (*Frag. Vatic.*, 218 et 219).

(1) Sur le parricide en droit romain, consulter, outre les ouvrages généraux : Ramos, *De pœna parricidii*, Lugduni Batavorum, 1728, p. 198 ; Siben, *De l’homicide et du parricide en droit romain*, thèse, Paris, 1885.

(2) « Une autre singularité de ses lois (celles de Romulus), c’est que, n’ayant porté aucune peine contre le parricide, il donne ce nom à toute espèce d’homicide : il regardait apparemment ce dernier crime comme le plus horrible de tous et le parricide comme impossible. Pendant plusieurs siècles, l’expérience justifia cette opinion de Romulus ; en effet six cents ans s’écoulèrent sans qu’on ait vu se commettre à Rome un seul forfait de ce genre. Lucius Hostius qui vivait après les guerres d’Annibal, fut le premier qui en donna l’exemple. » (Plutarque, *Vie de Romulus*, trad. Ricard, xxix). — V. aussi *Festus*, aux mots *Parici quæstores* : « *Parricida non utique is qui parentem occidisset dicebatur, sed qualemcumque hominem.* » Il semblait que le meurtre des parents fût un crime trop monstrueux pour être possible, et, si l’on en croit Plutarque, ce fut seulement après la guerre d’Annibal (vers l’an 600) qu’on vit à Rome P. Malleolus et L. Hostius tuer l’un sa mère, et l’au-

autre loi de Romulus édictait une peine spéciale contre la bru qui maltraitait son beau-père : « Si une bru maltraite son beau-père soit par des paroles, soit par des voies de fait, en sorte que l'indignation ou la colère ait forcé le beau-père à se plaindre (*plorare*), qu'elle soit dévouée aux dieux de ses beau-père et belle-mère (1). » Le beau-père devait *plorare*, c'est-à-dire aller déposer sa plainte devant le juge (s'il s'agissait de voies de fait, le mot *plorare* avait peut-être aussi le sens de gémir, laisser échapper des cris sous l'empire de la douleur) : à cette seule condition, la bru était dévouée aux dieux de ses beaux-parents, c'est-à-dire qu'elle pouvait être mise à mort par le premier venu.

Les Décemvirs eurent à s'occuper de la répression des délits et des crimes commis sur la personne des parents. Aussi la loi des Douze Tables ordonne-t-elle que le parricide aura la tête voilée, puis qu'il sera cousu dans un sac de cuir et ainsi jeté à l'eau. Mais le crime de parricide n'est ici que le meurtre d'un parent, et jamais celui d'un allié (2).

La loi Pompéia *de parricidiis* étendit au contraire beaucoup la compréhension du mot parricide : « *Lege Pompeia*

tre son père : « C'est une chose digne de remarque, dit M. Dacier, que le nom ait été connu si longtemps avant la chose. » — V. l'histoire de Malleolus dans Cicéron, *Ad Herennium*, liv. 1, 13.

(1) Festus, au mot *Plorare*. — Une loi de Servius Tullius contient la même disposition contre le fils qui maltraite son père.

(2) Le mot parricide a cessé, même dans la langue courante, d'être un synonyme d'homicide, témoin cette gradation ascendante qu'on lit dans Cicéron : « *Confiteor eos... plus quam sicarios, plus quam homicidas, plus etiam quam parricidas esse.* » (Cicéron, *Seconde Philippique*, xiii). — Signalons en passant, d'après le même Cicéron, une autre acception du mot parricide, au point de vue religieux : « *Sacrum, sacrove commendatum qui cleperit, rapsitque, parricida esto.* » (*De legibus*, liv. 11, 9).

de parricidiis cavetur ut si quis patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patruelem, matruelem, patruum, avunculum, amitam, consobrinum, consobrinam, uxorem, virum, generum, socrum, vitricum, privignum, privignam, patronum, patronam occiderit, cujus dolo malo id factum erit..... (1) » On le voit, la loi Pompéia qualifie de parricide le meurtre de tout allié au premier degré en ligne directe ; et il est bien spécifié dans les textes que l'on considère comme tels, non seulement les parents du conjoint, mais encore la personne fiancée et les parents de celle-ci (2).

Le jugement d'un parricide donne lieu à la procédure des *judicia publica* (3) ; le projet de parricide manifesté par des actes préparatoires est réprimé comme l'infraction elle-même (4) ; les complices sont punis aussi sévèrement que l'auteur principal (5). Enfin, par une dérogation au droit commun que légitime l'atrocité exceptionnelle de ce crime, l'action contre le parricide ne s'éteint pas par la prescription de vingt ans, elle est imprescriptible : « *Eorum qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur* (6). »

(1) *Dig.*, l. 1, *De lege Pompeia de parricidiis*, XLVIII, 9.

(2) « *Sed sciendum est lege Pompeia de consobrinis... Sed et novercæ et sponsæ personæ omissæ sunt ; sententia tamen legis continentur. — Cum pater et mater sponsi, sponsæ, socerorum, ut liberorum sponsi, generorum appellatione continentur.* » (*Dig.*, ll. 3 et 4, pr. *De lege Pompeia de parricid.*, XLVIII, 9).

(3) *Instit.* liv. IV, tit. 18, *De publicis judiciis*, § 6.

(4) *Dig.*, l. 7, *De lege Pompeia de parricid.*, XLVIII, 9.

(5) *Dig.*, l. 6, *eod. tit.*

(6) *Dig.*, l. 10, *ibid.* — Le principe de la prescription de vingt ans en matière criminelle est posé à propos du faux par la loi 12, *Code, Ad legem Corneliam de falsis*, IX, 22 : « *Querela falsi temporalibus præscriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione ; sicut*

La peine du parricide a varié à Rome suivant les époques. D'après la loi des Douze Tables, le coupable doit être cousu dans un sac en cuir de bœuf (*culeus* ou *vas parricidale*), puis jeté dans un fleuve (1). Peu à peu la fantaisie des juges ajouta au supplice une foule de détails et d'accessoires symboliques : les sabots aux pieds du condamné, pour éviter que la terre ne fût souillée par ses pas ; la bouche fermée par une bourse, pour montrer que nulle parole ne pouvait excuser un pareil forfait. Dans le même ordre d'idées, on prit l'habitude d'enfermer avec le condamné des animaux dans le sac de cuir : une vipère, parce que la vipère est, comme le parricide, un animal nuisible et dangereux ; un singe, parce que le singe est comme le parricide une bête féroce en dépit de sa ressemblance avec l'homme ; un chien et un coq, parce que ces animaux, dit-on, délaissent volontiers les auteurs de leurs jours, et souvent même se retournent contre eux. L'adjonction de ces animaux, outre sa portée symbolique, avait encore pour effet d'augmenter les souffrances du supplicié,

cætera quoque fere crimina. » (V. une autre exception : *Dig.*, l. 7, *ad legem Juliam peculat.*, XLVIII, 13). — Cujas (t. II, ch. 14. — *Observ.*, liv. IV) soutient cependant que le parricide était soumis à la prescription ordinaire. D'après lui il est question dans la loi 10, non pas de l'accusation de parricide, mais de l'accusation admise en vertu du sénatus-consulte Silanien contre les héritiers d'une personne assassinée par ses esclaves, lorsque ces héritiers ont ouvert son testament sans venger sa mort : cette accusation se prescrit par cinq ans en faveur des étrangers, elle est au contraire imprescriptible s'il s'agit d'héritiers proches parents, de ceux qui *parricidii pœna teneri possunt.* (*Dig.*, l. 13, *De senatusconsulto Silaniano*, XXIX, 5). Cujas croit que ces termes ne se trouvent dans la loi sur le parricide que par suite d'une simple transposition. C'est bien peu probable.

(1) « *Insutus in culeum per summum dedecus vitam amittere.* » (Cicéron, *Pro Sexto Roscio Amerino*, XI). — V. aussi : Cicéron, *De Inventione*, liv. II, 50.

les bêtes ainsi enfermées ne manquant pas de se débattre et de se lacérer mutuellement (1).

La loi Pompéia, qui fit du meurtre de certains alliés un parricide, conserva le supplice du sac de cuir, où l'on continua à enfermer un serpent, un singe, un coq et un chien (2). Auguste fit preuve d'une indulgence singulière envers les parricides, ne les condamnant que s'ils avouaient leur crime et semblant en quelque sorte les encourager à le nier, par cette question qu'il leur posait lui-même : « Sans doute tu n'as pas tué ton père. » Mais une constitution de Constantin, de l'an 312, *Ad Verinam Vicarium Africae* (3), prouve que le supplice de la loi Pompéia n'était pas encore tombé en désuétude au début de l'Empire chrétien.

Et, qu'on le remarque, le mot parricide conservait en-

(1) V. dans Cicéron (*Pro Roscio Amerino*, xxvi), une description assez emphatique du supplice des parricides, où il fait ressortir les motifs de ce supplice. Cicéron rappelle ailleurs, non sans une certaine complaisance, le succès oratoire que lui valut ce passage (*Orator*, xxx).

(2) « *Pœna parricidii more majorum hæc instituta est ; ut parricida virgis sanguineis verberatus, deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo, et vipera et simia, deinde in mare profundum culleus jactetur ; hoc ita si mare proximum sit, alioquin bestiis obiciatur secundum divi Hadriani constitutionem* » Dig., l. 9, *De lege Pompeia de parricidiis*, xlviii, 9).

*Et deducendum corio bovis in mare, cum quo
Clauditur adversis innoxia simia fatiis.*

(Juvénal, sat. 13, vers 155-156.)

*Libera si dentur populo suffragia, quis tam
Perditus, ut dubitet Senecam præferre Neroni,
Cujus supplicio non debuit una parari
Simia, nec serpens unus, nec culeus unus ?*

(Juvénal, sat. 8, vers 209-212).

(3) *Code*, l. uniq., *De his qui parentes vel liberos occiderunt*, ix, 17.

core à cette époque le sens large qu'il tenait de cette loi : il s'entendait toujours du meurtre des parents et alliés en ligne directe et de certains parents collatéraux (1).

Peu à peu cependant, la notion du parricide se spécialisa et les jurisconsultes distinguèrent, d'une part le meurtre des parents et alliés en ligne directe, désormais le seul considéré comme parricide et puni comme tel, d'autre part le meurtre des parents en ligne collatérale, ne constituant plus qu'un homicide simple et passible des peines prononcées par la loi *Cornelia de sicariis* (2). Mais, comme on peut le voir, cette distinction demeura sans effet au point de vue du meurtre des alliés : comme par le passé, c'était un parricide si l'alliance était en ligne directe, un homicide si l'alliance était en ligne collatérale.

Adrien ne conserva le supplice du sac de cuir que pour les régions très rapprochées de la mer et ordonna que par-

(1) Ainsi du meurtre d'un frère que nous appelons aujourd'hui un fraticide. Cela allait de soi aux premiers temps de Rome où l'on qualifiait parricide le meurtre d'une personne quelconque ; aussi voit-on Horace accusé de parricide pour le meurtre de sa sœur Camille. Mais même sous l'Empire, le meurtre d'un frère est un parricide. On raconte que Caracalla fit mettre à mort le jurisconsulte Papinien parce que, lui ayant ordonné de faire l'apologie de son crime contre son frère Géta, il s'était vu répondre par Papinien : *Non tam facile parricidium excusari posse quam fieri* ; ou selon d'autres : *Aliud est parricidium, accusare innocentem occisum* (Spartien, *Vie d'Antonin Caracalla*, 8). V. aussi les derniers mots d'un autre texte de Spartien, cité *supra*, p. 60, note 4.

(2) «... *Si quis parentis aut filii, aut omnino adfinitatis ejus quæ nuncupatione parentum continetur, fata preparaverit... pœna parricidii puniatur, et neque gladio, neque ignibus, neque ulli alii solemnī pœnæ subjiciatur, sed insutus culleo... Si quis autem alias cognatione vel adfinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.* » *Instil.*, liv. IV, tit. 18, *De publicis judiciis*, § 6).

tout ailleurs les coupables seraient livrés aux bêtes (1). Ce nouveau châtiment ne tarda pas à se substituer complètement à l'ancien, concurremment avec le supplice du feu ; c'est ce que constate le jurisconsulte Paul : « *Etsi antea insuti culleo in mare præcipitabantur, hodie tamen vivi exuruntur vel ad bestias dantur* (2). »

III. — EFFETS DE L'AFFINITÉ EN PROCÉDURE.

Les nombreuses personnes que l'édit du préteur notait d'infamie (3) étaient d'une manière générale privées du droit de plaider, de postuler pour d'autres que pour elles-mêmes : il en était ainsi de celles qu'on appelait *turpitudine notabiles*. D'autres étaient plus favorisées ; c'étaient les personnes simplement infâmes (militaires chassés de l'armée par un congé ignominieux, personnes coupables de proxénétisme ou de violation de l'an de deuil, individus ayant encouru certaines condamnations pénales). A celles-ci on permettait de postuler, non seulement pour elles-mêmes, mais encore pour ceux auxquels les unissaient des liens étroits d'affection, par exemple leurs plus proches parents et leurs alliés en ligne directe : « *Deinde adjicit Prætor : Pro alio ne postulent, præterquam pro parente, patrono, patrona, liberis parentibusque patroni, patronæ.... liberis suis, fratre, sorore, uxore, socero, socra, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno, privigna...* (4). »

(1) *Dig.*, l. 9, *De lege Pompeia de parricidiis*, XLVIII, 9 (cité en partie, *supra*, p. 99, note 2).

(2) Paul, *Sentent.*, liv. V, 24.

(3) *Dig.*, *De his qui notantur infamia*, III, 2. — Nous n'entrerons pas dans de grands détails au sujet de l'infamie : nous renvoyons sur ce point à l'étude si approfondie de M. Depeiges : *De l'infamie en droit romain*, thèse, Paris, 1888.

(4) *Dig.*, l. 1, § 11, *De postulando*, III, 1.

Les alliés en ligne directe étaient aussi dispensés de témoigner les uns contre les autres en matière criminelle, dans la procédure des *judicia publica*: « *Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne invito denunciatur, ut testimonium litis dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobрино natum, eosve qui priore gradu sint...* (1) » Il est même formellement prescrit de tenir compte à cet égard de l'affinité résultant des simples fiançailles comme de celle que produisent les justes noces: « *In legibus, quibus excipitur ne gener aut socer invitus testimonium dicere cogeretur, generi appellatione sponsum quoque filiae contineri placet; item soceri sponsæ patrem* (2). »

S'il convient de ne pas appeler en témoignage contre un accusé les personnes qui le touchent de près, il convient également d'enlever à un juge la connaissance des procès qui intéressent ses proches, notamment ses alliés, au moins en ligne directe. La *lex Cornelia de injuriis* est, croyons-nous, la seule loi romaine qui consacre cette solution; encore ne prévoit-elle que le cas où le juge est allié du demandeur: « *Lex Cornelia de injuriis competit ei qui injuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum, verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat. Qua lege cavetur, ut non judicet, qui ei qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propriusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve attinget, quive*

(1) Paul, *Dig.*, l. 4, *De testibus*, xxii, 5. (V. l. 10., *De grad. et adfin.* xxxviii, 10). — « *In adfinem vel cognatum inviti testes interrogari non possunt.* » (Paul, *Sentent.*, liv. v, 15, § 2).

(2) *Dig.*, l. 5, *De testibus*, xxii, 5. (V. *supra*, chapitre second, i in fine).

eorum ejus parentisve cujus eorum patronus erit (1). » On raconte que Jules César étant sur le point de donner son avis dans la cause de Lentulus, son beau-père, et plus tard dans celle de son neveu Marc-Antoine, fils de sa sœur, «*propinquitatem accusavit* ». (Cicéron, *Philipp.* II et VIII.)

Enfin, dans un cas particulier, l'affinité conférait en droit romain une exception curieuse, l'exception *quod facere potest*, ou bénéfice de compétence (2). En vertu du respect que les mœurs romaines imposaient au gendre et à la bru vis-à-vis de leur beau-père et de leur belle-mère, en vertu d'une sorte de *reverentia erga parentes* improprement dite, le beau-père, actionné par son gendre ou sa bru en paiement de la dot promise, pouvait, à condition que le mariage ne fût pas dissous, leur opposer son bénéfice de compétence ; il en résultait qu'il était condamné seulement *in id quod facere poterat*, c'est-à-dire qu'il n'était tenu que dans la mesure de ses moyens : on ne pouvait pas le dépouiller de tout, on devait lui laisser de quoi vivre (3). L'exception *quod facere potest* ou bénéfice de compétence était exclusivement accordée au beau-père,

(1) *Dig.*, l. 5, *De injuriis et famosis libellis*, XLVII, 10.

(2) Nous avons tenu à signaler cet effet de l'alliance à cause de son originalité, à cause aussi de l'argument qu'on a cherché à en tirer en faveur de l'existence à Rome d'une obligation alimentaire entre alliés (v. *supra*, p. 88), à cause enfin de sa raison d'être qui est la déférence des Romains pour leurs beaux-parents (v. *supra*, chapitre premier, 1). Mais nous ne l'examinerons que dans ses grandes lignes, renvoyant pour les détails aux trois thèses de doctorat soutenues devant la Faculté de Paris, sous le même titre (*Du bénéfice de compétence en droit romain*), par MM. Zénon Fièvre (1881), Pipi (1884) et Casteil (1885).

(3) « *In condemnatione personarum, quæ in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est ne egeant.* » (*Dig.*, l. 173, *de divers. regul. juris antiqui*, l. 17). — V. aussi *Dig.*, l. 19, § 1. et l. 30, *de re judicat.*, XLII, 1.

socer, contre sa bru (1) ou son gendre (2) qui le mettaient en demeure de payer la dot par lui promise (3).

*
* *

Telle est, dans ses grands traits, la théorie de l'affinité telle qu'elle se dégage des monuments du droit romain.

(1) Voici les textes relatifs à la bru : « *Sicut autem cum marito agitur, ita et cum socero, ut non ultra facultates damnetur. An, si cum socero ex promissione dotis agatur, in id quod facere potest damnandus sit? Quod et id æquum esse videtur : sed alio jure utimur, ut, et Neratius scribit. — Sed hoc ita accipiendum est, si a socero dos ex promissione petatur soluto matrimonio : verum si manente matrimonio dos ab eo petatur, succurrendum utique est, ut ne majoris summæ condemnetur quam quantum facere potest.* » (Dig., ll. 21 et 22, de re judicat., XLII, 1. La loi 21 est de Paul, la loi 22 de Pomponius). — « *Socero quoque, cum quo nurus de dote agit, idem honor habetur, ut in id damnetur, quod facere potest. — Quia parentis locum socer obtinet.* » (Dig., l. 15, § 2, et l. 16, soluto matrimonio, XXIV, 3).

(2) Voici les textes relatifs au gendre : « *Ex diverso si socer ex promissione a marito conveniatur, solet quæri an idem ei honor habendus sit? Neratius libris membranarum et Proculus scribunt hoc justum esse.* » (Paul, Dig., l. 17, soluto matrimonio, XXIV, 3). — « *Si de dote promissa agitur, non oportet in quantum facere potest condemnari eum qui promisit. Paulus : Imo, quod ad extraneum attinet, semper hoc verum est. Cæterum, si manente adfinitate dotem promissam gener a socero petit, utique, in quantum facere potest, socer condemnabitur ; si dirempto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto. Quid enim, si socer specie futuræ dotis induxerit genero ; et cum sciret se præstare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur ?* » (Dig., l. 84, De jure dotium, XXIII, 3).

(3) Nous avons esquissé la théorie du bénéfice de compétence, telle qu'elle est généralement présentée, sans entrer dans le détail de controverses qui nous écartaient par trop de notre sujet. Le simple aspect des textes cités dans les deux notes précédentes suffit à donner une idée des complications de cette matière. Ces textes, au moins en apparence, fourmillent de contradictions : on y voit le même jurisconsulte, Paul, qui semble dans un texte accorder notre exception en toute occurrence (Dig., l. 17, soluto matrimonio, v. *supra*, note 2), et qui dans un

Naissant du mariage et même des simples fiançailles, elle produit déjà la plupart des effets que lui reconnaîtront plus tard les législations modernes, notamment dans les degrés les plus proches un empêchement de mariage sanctionné par la nullité de l'union et par des peines sévères infligées à ceux qui l'ont contracté et à leurs enfants. Chemin faisant nous avons pu remarquer les liens d'affection et de respect qui résultaient de l'affinité dans les mœurs romaines et d'où découlaient certaines particularités très curieuses, notamment la concession au beau-père du bénéfice de compétence et la qualification de parricide attribuée au meurtre d'un allié rapproché.

autre passage a l'air de refuser cette même exception dans tous les cas (*Dig.*, l. 21, *De re judicat.*, v. *supra*, note 1). — Ces contradictions sont sans doute le résultat d'une controverse sur ce point entre Proculiens et Sabinien : la question faisait difficulté (arg. des mots : *solet quæri*, l. 17, *soluto matrimonio*). Dans cette loi 17, Paul expose son opinion sans entrer dans les détails ; et dans la loi 21, *De re judicata*, il refuse le bénéfice de compétence en supposant le mariage dissous, comme le prouve la loi 22 (Pomponius) qui en a été intentionnellement rapprochée (v. *supra*, note 1). — Pour plus amples détails, v. les ouvrages cités plus haut, en particulier : Casteil, *op. cit.*, p. 11 et s.

III

Droit germanique ⁽¹⁾

L'étude de l'époque barbare offre une certaine difficulté par suite de la pauvreté des documents qui la concernent : on en est réduit le plus souvent à des conjectures échafaudées tant bien que mal sur les écrits des poètes ou des historiens du temps. Les lois barbares, au moins dans les rédactions qui nous sont parvenues, sont en effet de date relativement récente, et, malgré le luxe de dispositions qu'on y trouve, elles ont encore laissé bien des points obscurs.

En Germanie, les parents et les alliés semblent avoir été étroitement unis entre eux, non seulement au point de vue de la constitution de la famille, mais aussi au point de vue de l'organisation judiciaire et militaire. Il est vrai qu'il en était de même des voisins, les peuples germains se composant ordinairement d'une réunion d'associations

(1) Consulter : Pardessus, *Loi Salique*, Paris, 1843. — Geffroy, *Rome et les lois barbares*, Paris, 1874. — Gide, *Etude sur la condition privée de la femme mariée*, 2^e éd., avec notes de M. Esmein, Paris, 1885. — Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, Paris, 1885. — Glasson, *Observations sur la famille et la propriété chez les Germains*, Orléans, 1885. — Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, Paris, 1843. — D'Arbois de Jubainville, *Cours de droit celtique*, Paris, 1895, 2 vol. — Meynial, *Etude sur le mariage après les invasions*, *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, 1896, 1897, 1898 (v. surtout ce dernier).

plus ou moins étendues, dont les membres se considéraient entre eux comme solidaires (1).

*
* *

L'affinité formait-elle au moins un empêchement de mariage? Il semble [que non. Les unions entre alliés, même entre proches parents, paraissent au contraire avoir été autorisées par les mœurs germaniques et par les mœurs barbares en général: la loi des Saliens et la loi des Ripuaires, dans leurs premières rédactions, gardent en effet sur ce point un silence significatif. La littérature et l'histoire du temps viennent d'ailleurs confirmer cette conjecture: dans le morceau intitulé *Boroma*, un roi de Leinster épouse la fille aînée du roi suprême de l'Irlande; puis il fait croire au roi que sa première fille est morte et obtient de lui la main de la cadette (2).

Dès le début du iv^e siècle, le christianisme avait condamné ces mariages comme incestueux dans les conciles d'Elvire et de Néocésarée (3). Au vi^e siècle, l'Église était obligée de renouveler cette défense à plusieurs reprises, notamment dans les conciles d'Agde (506), d'Æpone (517), d'Auvergne (535), d'Orléans (538), de Paris (557) (4). C'est que les mœurs sans doute se pliaient difficilement à de semblables prohibitions; on trouvait même des prélats

(1) Tacite, *Germania*, c. 7, 12, 13, 18, 19, 21; César, *De bell. gallic.*, vi, 22.

(2) *The Boroma*, publié par Whitley Stokes, dans la *Revue celtique*, t. xiii, p. 32 et s. (v. spécialement p. 36-41). — V. d'Arbois de Jubainville, *op. cit.*, t. 1, p. 216 et 217.

(3) Concile d'Elvire (305); concile de Néocésarée (314). V. *supra*, *Législation romaine*, chapitre troisième, II, et *infra*, *Droit canonique*, chapitre second, I.

(4) V. *infra*, *Droit canonique*, loc. citat.

disposés à les enfreindre. C'est ainsi que dans le courant du même siècle, en 576, Prétextat, évêque de Rouen, plus tard canonisé, bénissait le mariage de Mérovée, fils de Chilpéric I^{er}, avec Brunehaut, veuve de son oncle Sigebert ; l'union entre alliés au degré d'oncle à nièce et de tante à neveu était cependant catégoriquement interdite par les canons des conciles précédemment énumérés (1).

Peu à peu cependant, à mesure que ces nations encore barbares se poliaient sous la double influence de la civilisation romaine à son déclin et du christianisme à son aurore, l'inceste de parenté et même l'inceste d'alliance en ligne directe étaient de plus en plus réprouvés par les mœurs. C'est du moins ce qui semble résulter des documents législatifs de l'époque dont plusieurs édictent des prohibitions de mariage entre alliés en ligne collatérale, sans parler de la parenté ni de l'alliance en ligne directe, comme si dans ces deux derniers cas l'idée même du mariage paraissait impossible. Tel l'édit de Childebert II (596), sur lequel nous aurons à revenir (2) : cet édit, de même que le Capitulaire de Carloman, donné en 743 (3), ne font que s'approprier les décisions des conciles sur la matière. Les mêmes interdictions, qui ne se trouvaient pas au début dans la loi salique, y furent introduites dans une

(1) Aussi Prétextat fut-il, pour ce fait, traduit devant le concile de Paris de 577, où, Grégoire de Tours ayant seul pris sa défense, il fut condamné au bannissement et relégué à Jersey. On sait qu'il rentra plus tard à Rouen et qu'il mourut poignardé dans sa cathédrale, par ordre de Frédégonde (586). — V. Grégoire de Tours, *Historia Francorum* ; Aug. Thierry, *Récits des temps mérovingiens*, 3^e récit.

(2) V. *infra*, *Droit coutumier et législation des ordonnances royales*, chapitre premier, 1.

(3) V. *infra*, *ibidem*.

rédaction dont la date paraît incertaine (1), pour y être définitivement maintenue dans la rédaction qui en fut faite par Charlemagne, en 768 : « *Si quis sororem aut fratris filiam, aut certe alterius gradus consobrinam, aut fratris uxorem aut avunculi, sceleratis nuptiis sibi junxerit, huic poenæ subjaceat, ut a tali consortio separetur. Atque etiam si filios habuerint, non habeantur legitimi heredes, sed infamia sint notati* (2). »

Pépin le Bref et Charlemagne, dans les Capitulaires par lesquels ils sanctionnaient ordinairement les canons des conciles, Louis II dans son Capitulaire de 856, répètent les mêmes prohibitions (3), qu'on retrouve du reste dans toutes les lois barbares ayant subi l'influence du christianisme : la loi des Alamans et celle des Bavares (4), la loi

(1) D'après Pardessus (*op. citat.*, p. 35, 3^e texte), ce texte n'est pas une rédaction primitive, attribuable par exemple à Clovis : il en donne pour raison que, si cela était, il n'y aurait pas eu besoin d'un édit de Childeburt pour défendre les mariages incestueux, et il serait fait allusion dans les conciles du vi^e siècle à la prohibition de la loi civile. Ce texte serait donc au plus tôt du commencement du vii^e siècle ou de la fin du vi^e.

(2) *Lex Salica a Carolo magno emendata anno 768* (xiv, *De ingenuis hominibus qui ingenuas mulieres rapiunt*, 16). V. Pardessus, *op. citat.*, p. 287.

(3) V. ces capitulaires, *infra*, *Droit coutumier et législation des ordonnances royales*, chapitre premier, 1.

(4) *Lex Alamanorum*, xxxix, *De illicitis nuptiis*, 1-2 : « *Nuptias prohibemus incestas. Itaque uxorem habere non liceat socrum, nurum, privignam, novercam, filiam fratris, filiam sororis, fratris uxorem, uxoris sororem... Si quis contra hoc fecerit a loci iudicibus separetur, et omnes facultates amittat quas fiscus adquirat. — Si minores personæ sunt quæ se illicita conjunctione polluerunt, careant libertate, et servis fiscalibus adgregandæ sint.* » — La *lex Bajuvariorum*, tit. vi, cap. 1, *De nuptiis incestis prohibendis*, s'exprime à peu près dans les mêmes termes.

des Burgondes (1), l'édit de Théodoric (2), la *lex Wisigothorum* (3), l'édit de Rotharis (4) et les lois de Luitprand (5).

*
* *

Le droit barbare consacre un autre effet assez curieux de l'alliance au point de vue de la tutelle des veuves (6).

(1) La loi des Burgondes, si l'on s'en tient à ses termes stricts, ne semble punir l'inceste que s'il est adultérin (tit. xxxvi).

(2) *Edictum Theodorici regis*, cap. xxxvi: « *Si quis ad nuptias non legitimas adspiraverit, legum censuram penitus non evadat, qui nec justum matrimonium nec filios sciat se habere legitimos.* »

(3) *Lex Wisigothorum* (liv. III, tit. v, cap. 1, *De conjugis et adulterii incestivis*): « *Nullus præsumat de genere patris vel matris... uxorem fratris etiam disponsatam aut viduam, vel propinquorum suorum relictam, sibi in matrimonio copulare, vel adulterio polluere... exceptis illis personis quas per ordinationem atque consensum Principum, ante hanc legem constat adeptas fuisse conjugium... Qui vero contra hanc constitutionem præsumpserint facere, iudex eos non differat separare, ut a tam nefanda pollutione divisi, juxta qualitatem sexus, in monasteriis delegentur illic jugiter permansuri.* » — Ajoutons que cette loi (liv. III, tit. IV, cap. 13) reconnaît aux parents du mari, alliés de la femme, le droit, le devoir même de dénoncer l'adultère de celle-ci.

(4) Rotharis, 185: « *Nulli liceat novercam suam, id est matriniam, quæ fuit uxor patris, neque privignam, id est filiastram, neque cognatam, quæ fuit uxor fratris, ducere uxorem. Et si ipsa consenserit, vir, qui eam duxerit uxorem, componat pro culpa in Curte Regis solidos C. et mox separetur ab ea, districtus a Rege. Et ipsa mulier habeat medium de omni re sua, et medium amittat, et Curtis Regia suscipiat...* »

(5) Luitprand, 32, 33: « *De his qui de illicito matrimonio nati sunt vel nascuntur, id est de matrinia aut filiastra, vel cognata quæ fuit uxor fratris aut soror uxoris... Et qui de tali matrimonio natus fuerit, heres legitimus patri suo non sit, sed ipsam rem habeant parentes propinqui. Et si parentes propinqui non fuerint succedat Curtis Regia. — Hoc autem Deo annuente statuere prævidimus ut amodo nullus præsumat relictam de consobrino aut sobrino suo uxorem ducere. Si quis autem hoc, quod illicitum est, amodo facere præsumpserit, amittat omnem substantiam suam...* »

(6) V. Fustel de Coulanges, *op. citat.*, p. 226 et 227. — En sens contraire: Meynial, *op. cit.*, 1898.

Dans la famille germanique, les femmes étaient toujours en tutelle, non pas par mépris pour leur sexe (1), mais par suite de l'organisation même de la famille, corps social indivis, ayant une vie collective très intense et centralisant tous les pouvoirs entre les mains d'un chef.

Devenue veuve, la femme restait sous la tutelle de la famille de son mari, c'est-à-dire sous la tutelle de son fils, si elle en avait un (2), ou si elle n'en avait pas, sous la tutelle du frère ou des parents du mari défunt (3). Ce principe était poussé si loin que la loi des Saxons donnait la tutelle de la veuve au fils du mari, même si ce fils était né d'une autre femme (4).

La tutelle exercée par les alliés de la veuve était moins une autorité qu'une mesure de protection et qu'un droit aux compositions dues par offenses envers la personne protégée : le *mundwald* ou tuteur n'avait pas sur la femme les mêmes droits que le mari, car on trouve dans les documents de la première race des ventes, des partages, des donations que font des veuves sans aucune autorisation. La loi des Lombards décide cependant le contraire : « *Nec aliquid de rebus mobilibus aut immobilibus sine voluntate illius in cuius mundio fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi* » (5). »

(1) V. au contraire : Tacite, *German.*, 8.

(2) V. *Lex Langobardorum*, Luitprand, 101, et une charte citée par Du Cange, v^o *Mundium* : « *Ego Helegrina, consensu et voluntate de filio meo Aliperto in cuius mundio ego permaneo, venumdavi...* »

(3) Comparer avec ce qui a été dit de la veuve chinoise, *supra*, p. 25, note 4.

(4) *Lex Saxonum*, vii, *De hæredibus et viduis*, 2 : « *Qui mortuus viduam reliquerit, tutelam ejus filius, quem ex alia uxore habuit, accipiet. Si is forte defuerit, frater illius defuncti : si frater non fuerit, proximus paterni generis ejus consanguineus.* »

(5) Rotharis, 205. — V. Pardessus, *op. citat.*, p. 687.

Comme cette tutelle avait sa raison d'être dans ce fait que le mari avait payé aux parents de sa femme le prix du *mundium*, il devait en résulter logiquement que, si le prix était restitué aux héritiers du mari, ceux-ci n'avaient plus droit à la tutelle de la veuve. C'est en effet ce qui arrivait dans les deux hypothèses suivantes.

A la mort de son mari, la femme pouvait échapper à la tutelle de ses alliés et retourner dans la famille de son père, pourvu que cette famille rendit aux héritiers du mari la moitié du prix du *mundium* qu'elle avait reçu (1).

Si la femme n'avait pas usé de ce droit et qu'elle voulût se remarier, son nouveau mari était tenu au même paiement; il ne pouvait acquérir autorité sur elle qu'à ce prix: « *Secundus autem maritus, qui eam tollere disponit, de suis propriis rebus medium pretii, quantum fuerit dictum quando eam primus maritus sponsavit, pro ipsa meta dare debet ei, qui heres proximus mariti prioris invenitur* (2). » Si le premier mari était un Romain, sa veuve pouvait se remarier sans qu'il y eût lieu à aucun paiement, « *quia postquam marito Romano se copulaverit, et ipse ex ea mundium fecerit, Romana effecta est... et ideo fadim et anagrip minime componere debet, qui eam postea tulit, sicut nec de alia Romana* (3). »

Malgré le silence de Tacite qui les ignorait sans doute, ces coutumes paraissent certaines. On les retrouve d'ailleurs chez les Burgondes et les Saxons: « *Mulier quæ ad secundas nuptias traditur, wittimon ejus a prioris mariti*

(1) Rotharis, 183, 199, 216.

(2) Rotharis, 182.

(3) Luitprand, 127.

parentibus vindicetur (1). — *Qui viduam ducere velit, offerat tutori pretium emptionis ejus, consentientibus ad hoc propinquis ejus* (2). » La loi franque même présente encore un vestige de cette institution, sous le nom de *reippus* ; mais le *reippus* n'est plus guère qu'une formalité symbolique : le nouveau mari offre aux héritiers du premier « trois sous et un denier (3) ».

*
* *

Tels sont les deux effets les plus saillants de l'alliance dans le droit barbare, un empêchement de mariage et un droit à la tutelle. Le premier de ces effets devait atteindre en droit canonique des proportions exagérées, tandis que le second devait cesser d'une manière à peu près complète, à mesure que se transformait l'organisation de la famille.

(1) *Lex Burgundionum*, LXIX (Pertz, p. 562). — V. aussi LXVI, LXXIV, LXXXVI.

(2) *Lex Saxonum*, VII, 3.

(3) Pardessus, *Lex Salica emendata*, XLVI, de *reippus*, 1. — Les *Capita Extravagantia* de la loi Salique, tit. VII, imposent en outre à la veuve le paiement de l'*achasius*. Ce droit ne remplace par le *reippus* : en effet, d'une part les premiers mots du texte rappellent l'obligation du *reippus* et supposent qu'il a été payé (v. texte *apud* Pardessus) ; d'autre part l'*achasius* n'est pas un droit fixe, mais un droit proportionnel égal au dixième du montant de la dot, un sou pour dix sous.

IV

Droit canonique ⁽¹⁾

L'influence du droit canonique, en ce qui concerne surtout les empêchements de mariage, a été trop importante pour que l'on puisse négliger l'étude de cette législation

(1) Consulter, parmi les ouvrages généraux : Labbeus et Cossartius, *Sacrosancta concilia*, Paris, 1671-72, 18 vol. — Theiner, *Acta genuina ss. œcumenici Concilii Tridentini*, Leipzig, 1874. — Gibert, *Institutions ecclésiastiques et bénéficiales*, Paris, 1736. — Abbé Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, édit. Boucher d'Argis, Paris, 1767. — Durand de Maillane, *Institutes de droit canonique*, Lyon, 1770, 10 vol. — Eod. auctore, *Dictionnaire de droit canonique*, Lyon, 1776, 5 vol. — D'Héricourt, *Les lois ecclésiastiques de France*, Paris, 1771. — Walter, *Manuel de droit ecclésiastique*, trad. de Roquemont, Paris, 1840. — Henrion, *Code ecclésiastique français*, Paris, 1829. — Abbé Beau, *Influence du dr. canonique*, thèse, Bordeaux, 1877. — Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, 1893. — Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, 1892.

Ouvrages spéciaux : Pierre Lorient, *De gradibus affinitatis commentarius*, Lyon, 1554. — Gerbais, *Traité du pouvoir de l'Église et des princes sur les empêchements de mariage*, Paris, 1696. — Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage, Paris, 1714. — Le Ridant, *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, Paris, 1753. — Eod. auctore, *Code matrimonial*, Paris, 1766. — X., *Examen du pouvoir législatif de l'Église sur le mariage*, Paris, 1817. — Abbé Paoli, *Étude sur les origines et la nature du mariage civil*, thèse de droit canon, Paris, 1890. — Brillaud, *Empêchements et dispenses de mariage*, Paris, 1884. — Esmein, *La juridiction de l'Église sur le mariage en Occident, Nouvelle revue historique*, 1890. — Eod. auctore, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891. — Basdevant, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, thèse, Paris, 1900.

qui pendant plusieurs siècles fut en la matière le droit commun de notre pays. En ce qui concerne spécialement l'affinité, les tendances et l'esprit du droit canonique le conduisirent d'ailleurs à des solutions, souvent exagérées, en tout cas fort originales, qu'il peut être intéressant de mettre en parallèle avec celles de notre droit moderne.

Nous n'étudierons pas ici l'affinité spirituelle qui résulte du baptême. En effet elle n'a de commun avec l'affinité que le nom ; elle a du reste laissé trop peu de traces dans les législations postérieures pour présenter autre chose qu'un intérêt théorique.

En revanche, nous étudierons, comme nous l'avons déjà fait en droit romain, un empêchement de mariage qui sans se confondre avec l'affinité s'en rapproche beaucoup, l'empêchement d'honnêteté publique.

CHAPITRE PREMIER

Généralités.

On a vu qu'à Rome l'affinité était un lien purement civil résultant seulement du mariage. En droit canonique il en est autrement, au moins à partir des ^{vii}^e et ^{viii}^e siècles : l'affinité ne se forme plus que par le commerce charnel, par la *copula carnalis*, en mariage ou hors mariage. L'affinité du droit canon n'est pas autre chose d'ailleurs que la parenté, et voici comment. D'après la religion chrétienne, les deux époux par le fait même du mariage n'étant plus qu'une seule chair, *una caro*, les parents de l'un devien-

nent les parents de l'autre; la *copula* ayant mêlé leur sang, la parenté de l'un se communique à l'autre sous forme d'affinité: « *Si vir et uxor non jam duo sed una caro sunt, non aliter est nurus deputanda quam filia* (1). »

De cette conception particulière de l'affinité résultèrent plusieurs conséquences que le droit canonique dégagea successivement avec une impitoyable logique.

Du principe que l'affinité n'était autre chose que la parenté, il résultait qu'on devait compter l'affinité par degrés comme la parenté, ce que n'admettait pas le droit romain (2). Il en résultait aussi que l'affinité devait former empêchement dirimant au mariage dans les mêmes degrés que la parenté; aussi voit-on l'empêchement d'affinité suivre les mêmes fluctuations que l'empêchement de parenté, allant successivement jusqu'aux cinquième, sixième et septième degrés, pour revenir finalement au quatrième.

Du principe que l'affinité se formait par la *copula carnalis*, découlait cette double conséquence que l'affinité canonique était à la fois plus restreinte et plus étendue que celle du droit romain: plus restreinte en ce sens qu'elle ne résultait pas forcément du mariage, mais seulement du mariage consommé; plus étendue, en ce sens qu'elle résultait toujours de la *copula carnalis*, même en dehors du mariage. Ces deux conséquences demandent quelques détails.

L'affinité ne résultait pas forcément du mariage, mais seulement du mariage consommé. On a vu que le droit romain ignorait cette distinction et que Zénon avait formellement

(1) Saint Augustin, c. xv, c. 31, *quæst.* 2.

(2) V. *supra*, p. 41.

condamné les tentatives faites pour l'introduire dans la pratique à l'imitation des Egyptiens (1). Même en droit canon, cette théorie ne s'établit pas sans quelques divergences ; voici par exemple ce que dit sur ce point saint Thomas d'Aquin : « *Sed matrimonium affinitatem causat non solum ratione carnalis copulæ, sed etiam ratione societatis conjugalis, secundum quam etiam matrimonium naturale est. Unde et affinitas contrahitur ex ipso contractu matrimonii per verba de præsentis ante carnalem copulam* (2). » En dépit de saint Thomas et d'autres dissidents, la doctrine s'établit cependant de l'affinité ne se formant pas par le mariage, tant qu'il n'était pas consommé : « *Unde inter sponsam et consanguineos sponsi nulla est affinitas, nisi coitus interveniat* (3). » On corrigea néanmoins ce qu'il y avait de choquant dans cette solution par l'admission, dans le cas de mariage non consommé, d'un empêchement de mariage dit empêchement d'honnêteté publique.

L'affinité résultait de la *copula carnalis*, même en dehors du mariage : c'était ce qu'on appelait l'*affinitas ex copula illicita*. Ceci encore était inconnu en droit romain, où l'affinité se produisait par les justes noces, consommées ou non. Mais, d'après le droit canonique, l'homme, par le fait même d'un commerce charnel entretenu même passagèrement, même *semel* avec une femme, devenait avec cette femme *una caro* ; désormais les parents de cette femme étaient donc ses affins, et inver-

(1) V. *supra*, p. 65.

(2) Saint Thomas d'Aquin, *Summa, Supplementum, quæst* , 65, art. 4.
— V. aussi les auteurs cités par Sanchez, *De sacrament. matrimon.*, lib. VII, disp. LXV, n° 24.

(3) Bernard de Pavie, *Summa*, p. 168.

sement. L'*affinitas ex copula illicita*, dont on peut relever une trace dès le iv^e siècle dans un canon du Concile d'Ancire, se retrouve, semble-t-il, dans une décrétale pseudo-isidorienne du pape Grégoire ; en tout cas, au ix^e siècle, elle est admise, comme on peut le voir par le concile de Touzy et un mémoire d'Hincmar de Reims (1).

Le droit canonique en notre matière présentait encore d'autres particularités, notamment la théorie des trois genres d'affinité et celle de l'*affinitas superveniens*. La théorie des trois genres d'affinité, abrogée d'ailleurs par le Concile de Latran, reposait sur l'idée d'une transmission de l'affinité aux alliés des alliés ; les détails en seront donnés plus loin. Une idée plus subtile encore avait conduit à l'admission de l'*affinitas superveniens*. L'affinité ordinaire était un lien qui, existant à un certain degré entre deux personnes, formait un empêchement dirimant au mariage de ces personnes ; on supposa cette affinité s'établissant entre deux personnes déjà mariées (par le commerce adultérin de l'une avec un parent de l'autre) : c'était l'*affinitas superveniens* et l'on se demanda si cette affinité devait entraîner la nullité du mariage ou quelque autre conséquence moins rigoureuse.

On examinera dans le prochain chapitre l'affinité résultant du mariage consommé ou affinité légitime. L'*affinitas ex copula illicita*, l'*affinitas superveniens* et l'empêchement d'honnêteté publique feront ensuite l'objet de trois chapitres distincts. Enfin les deux derniers chapitres comprendront, le premier, l'exposé de la théorie des dispenses, le second, l'étude de la nullité du mariage, étude à laquelle se rattache la théorie du mariage putatif.

(1) V. *infra*, ch. troisième.

CHAPITRE DEUXIÈME

L'affinité légitime.

L'affinité légitime ou *affinitas ex copula licita* est en droit canon le lien qui se forme par la consommation du mariage entre l'un des époux et les parents de l'autre ; elle crée entre les personnes qu'elle unit un empêchement dirimant de mariage (1).

Ayant assimilé complètement l'affinité à la parenté, la législation canonique dut interdire le mariage dans les mêmes degrés entre affins qu'entre parents, c'est-à-dire à une certaine époque jusqu'au septième degré. Les causes d'une extension aussi considérable furent multiples. Signifions rapidement l'influence avouée des textes de l'Écriture, en particulier du Lévitique, une sorte de répulsion instinctive contre les incestes, le besoin de réagir contre les usages germaniques en la matière et contre les dangers de promiscuité que présentaient les petites agglomérations du moyen âge ; enfin l'esprit d'interprétation subtile, de logique outrée, spécial aux canonistes : « Ici plus que partout ailleurs, le droit canonique se grisa d'analogies

(1) Sur la définition de l'affinité résultant du mariage consommé et sur ce qu'il faut entendre par consommation du mariage, v. un passage de saint Thomas d'Aquin (in-4, dist. 41, q. 1, art. 1) que la crudité de ses termes nous empêche de reproduire, même en latin. — Les empêchements dirimants de mariage sont, selon le droit canonique, les suivants :

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Amens, affinis, si clandestinus, et impos,
Si mulier sit rapta, loco nec reddita tuto,
Hæc socianda vetant connubia, facta retractant.*

forcées et de déductions extrêmes (1). » Après coup on invoqua encore une autre raison : un des buts secondaires du mariage devait être aux yeux de l'Église le développement des sentiments de charité et d'amour entre les hommes ; or, si le mariage intervenait entre parents ou alliés, c'est-à-dire entre personnes qu'unissaient déjà des liens d'affection, il ne remplirait plus son but, « c'était alors en quelque sorte un double emploi, une perte de forces bienfaisantes (2) ».

On étudiera successivement dans deux paragraphes l'historique et l'empêchement d'affinité légitime et la théorie des trois genres d'affinité.

§ 1^{er}. — Historique de l'empêchement d'affinité (3).

A quelque époque que l'on se place, le droit canonique interdit toujours le mariage entre alliés en ligne directe à

(1) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, vol. 1, p. 88.

(2) Esmein, *Ibid.*, p. 89.

(3) Consulter : Labbeus et Cossartius, *op. cit.* Pothier, *Traité du contrat de mariage*, partie III, ch. 3, art. 2, § 2. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, *passim*. — Voici la liste des principales décisions des conciles sur la matière :

<i>Concilia</i>	
<i>Eliberitanum</i> , Elvire (305), canons 61 et 66.	<i>Herdufordense</i> (673), can. 10.
<i>Neocesareense</i> , Néocésarée (314), can. 2.	<i>Toletanum</i> , Tolède (694), sentent. 14.
<i>Agathense</i> , Agde (506), can. 61 (suspect!).	<i>Romanum</i> , Rome (721), can. 5, 7 et 9.
<i>Epäonense</i> , OEpone (517), can. 30.	<i>Liptinense</i> , Leptines (743), can. 3.
<i>Arvernense</i> , Auvergne (535), can. 12.	<i>Romanum</i> , Rome (743), can. 6.
<i>Aureliense</i> , Orléans (538), can. 10.	<i>Synodus</i>
<i>Parisiense</i> , Paris (557), can. 4.	<i>Metensis</i> , Metz (753), can. 1.
<i>Turonense</i> , Tours (567), can. 21.	<i>Concilia</i>
<i>Parisiense</i> , Paris (577).	<i>Compendiense</i> , Compiègne (757), can. 1 et 2.
<i>Autosiodorensis</i> , Auxerre (578), can. 27-32.	<i>Vermeriense</i> , Verberie (758), can. 1 et 2.
<i>Lugdunense</i> , Lyon (583), can. 4.	<i>Forojuliense</i> , Fréjus (791), can. 8.
<i>Matisconense</i> , Mâcon (585), can. 18.	<i>Arelatense</i> , Arles (813), can. 11.
<i>Parisiense</i> , Paris (615), can. 14.	<i>Muguntiacum</i> , Mayence (813), can. 54 et 56.
<i>Rhemense</i> , Reims (625), can. 8.	<i>Cabilonense</i> , Châlon-s-Saône (813), can. 28 et 29.

l'infini (1) ; sa doctrine n'a varié qu'au point de vue de l'affinité en ligne collatérale.

On a vu précédemment que les conciles d'Elvire (305) et de Néocésarée (314) avaient défendu le mariage entre beau-frère et belle-sœur, et que le droit romain avait fait sienne cette prohibition.

A ce moment-là déjà, l'Eglise interdisait aussi l'union entre alliés au degré d'oncle ; mais avec plus de timidité, semble-t-il, car c'est seulement au ^{vi}^e siècle que l'on voit les conciles condamner ces mariages : les conciles d'Epone (517), d'Auvergne (535), d'Orléans (538), de Paris (557) défendent d'épouser « *relictam avunculi vel patru* ». En l'an 577, un concile réuni à Paris condamna au bannissement Prétextat, évêque de Rouen, pour avoir béni le mariage du fils de Chilpéric I^{er}, Mérovée, avec sa tante par alliance, Brunehaut (2).

Jusque là l'empêchement d'affinité était moins étendu

Concilia

Moguntinum (847), can. 28, 29 et 30.
Suessionense, Soissons (853), can. 12.
Romanum, Rome (853), can. 38.
Wormatiense, Wormes (868), can. 32, 33, 36 (et 78, suspect!).
Duziacense, Touzy (874).
Bituricense, Bourges (1031), can. 17 et 18.
Rotomagensis, Rouen (1072), can. 14.
Arvernense, Auvergne (1080), can. 2.
Lateranense, Latran (1123), can. 5.
Londinense ou *Westmonasteriense* (1125), can. 16.
Remense, Reims (1131), can. 16.
Lateranense, Latran (1139), can. 17.
Bituricense, Bourges (1186), can. 1.

Lateranense, Latran (1215), can. 50.

Synodus

Baiocensis, Bayeux (1300), can. 68 et 70.

Concilia

Coloniense, Cologne (1536), pars 7^e, cap. 46.
Cameracense (1565), tit. xv, cap. 11.
Rotomagensis, Rouen (1581), tit. de matrimon., 10, 12.
Burdigalense, Bordeaux, tit. xv, in fine.
Turonense, Tours (1583), tit. ix, in princip.
Bituricense, Bourges (1584), tit. xxvii, cap. 4.
Mexicanum, Mexique (1585), liv. iv, tit. ii, § 3.
Tolosanum, Toulouse (1590), pars 11, tit. De matrim., §§ 3 et 4.
Narbonense, Narbonne (1609), cap. xxii.

(1) La première mention en est faite dans le canon 66 du concile d'Elvire ; les autres conciles la répètent presque tous.

(2) V. *supra*, *Législation germanique*.

que celui de parenté, puisque le mariage n'était pas permis entre parents au degré de cousins germains et était néanmoins licite entre alliés au même degré. On arriva cependant, en vertu d'une conception spéciale du mariage que nous avons signalée, à assimiler l'affinité à la parenté. Il en résultait logiquement que l'empêchement d'affinité devait suivre une marche parallèle à celle de l'empêchement de parenté et s'étendre comme celui-ci jusqu'au degré de cousins germains et même à une certaine époque jusqu'à tous les degrés connus.

A quel moment commença à s'établir cette nouvelle manière de voir ? La question est discutée. Le principe de l'assimilation de l'affinité à la parenté n'est formulé nettement par les conciles qu'au ix^e siècle. Le *concilium Cabilonense*, tenu en 813, s'exprime ainsi (canon 29) : « *Sane quæ in proprio viro, hæc nimirum in uxoris parentela de lege nuptiarum regula custodienda est. Quia ergo constat eos duos esse in carne una, communis illis utrimque parentela esse credenda est, sicut scriptum est : erunt duo in carne una.* » Mais il arrive souvent qu'un principe est vaguement entrevu et qu'on en fait des applications, longtemps avant d'en dégager la formule exacte : c'est ce qui arriva pour le cas qui nous occupe.

Le vi^e et le vii^e siècle ne présentent aucune trace sérieuse de cette nouvelle doctrine. Le 61^e canon du concile d'Agde (506) défend bien d'épouser « *quam consanguineus habuit* » ; mais ce canon est plus que suspect : il n'existe pas dans les anciens manuscrits, et d'ailleurs le concile de Tolède, qui, tenu près de deux cents ans plus tard (694), reproduit exactement dans sa sentence 14 les termes du canon d'Agde précité, omet précisément les mots « *quam consanguineus habuit* », et borne au degré d'oncle la prohi-

bition de mariage entre alliés (1). Le canon 14 du concile de Paris de 615 doit être entendu, croyons-nous, dans le même sens, quoi que semble en dire Pothier (2).

Mais au VIII^e siècle, l'assimilation entre l'affinité et la parenté résulte formellement du concile Romain, tenu sous Grégoire II, en l'an 721 ; le canon 9 de ce concile est ainsi conçu : « *Si quis de propria cognatione, vel quam cognatus habuit, duxerit uxorem, anathema sit.* » Dès ce moment, on ne distingue plus entre l'empêchement de parenté et l'empêchement d'affinité ; les dispositions édictées au sujet du premier visent par là-même le second. Or, comme au début du VIII^e siècle le mariage était interdit entre parents à l'infini, il le fut de même entre alliés à l'infini. Cette prohibition si étendue, en raison sans doute des grands inconvénients pratiques qui en résultaient, subit cependant bien des fluctuations. C'est ainsi que le même Grégoire II, dans une lettre à Boniface, archevêque de Mayence, la limite au quatrième degré (3) ; l'édit de Gré-

(1) Les anciens manuscrits ne mentionnent au concile d'Agde que 47 canons. — V. Labbeus et Cossartius, *op. cit.*, tom. iv, p. 1397 (note du Père Syrmond) ; Pothier, *op. et loc. citat.*

(2) Pothier, *op. et loc. citat.* — Nous croyons, contrairement à ce que dit à ce sujet le célèbre jurisconsulte que ce concile ne prohibe le mariage entre alliés qu'au degré d'oncle, comme les conciles du siècle précédent.

(3) Labbeus et Cossartius, tom. vi, p. 1448, 13^e lettre, art. 1 : « *In primis legebatur in quota progenie propinquorum matrimonium copulebatur ? Dicemus quod oportuerat quidem, quamdiu se agnoscunt affinitate propinquos, ad hujus copulæ non accedere societatem : sed quia temperantia magis, et præsertim in tam barbara gente plus placet quam districtio censuræ, concedendum est ut post quartam generationem jungantur.* » Il s'agit là du quatrième degré d'après la computation canonique : en effet, d'une part Grégoire II, pour qui toute parenté était un empêchement de mariage, n'aurait pas vraisemblablement consenti à restreindre sa prohibition jusqu'au quatrième degré de la computation civile (cou-

goire III, rendu vers le milieu du même siècle, semble même ne prohiber le mariage entre alliés qu'au degré d'oncle (1). En revanche le Pape Zacharie, dans une lettre adressée à Pépin, Maire du Palais, rappelle que le mariage entre parents (donc aussi entre alliés) est défendu d'une manière illimitée, tant que la parenté peut être connue : « *Nos autem... multo amplius confirmantes dicimus ut dum usque sese generatio cognoverit... non copuletur conjugii* » (2). »

Néanmoins, dans le courant du VIII^e siècle, la tendance générale était plutôt en faveur d'une restriction de l'empêchement d'affinité. Cette tendance aboutit aux décisions des conciles de Compiègne et de Verberie, qui déclarèrent dirimants aux trois premiers degrés et prohibitifs au quatrième les empêchements de parenté et d'alliance (3). Au début du IX^e siècle, la discipline sur ce point est encore la même, si ce n'est que l'empêchement est devenu dirimant au quatrième degré ; c'est ce que décide le concile de Mayence, tenu en 813 (4).

sins germains) ; d'autre part le système de computation canonique commençait déjà à être connu.

(1) *Edictum Gregorii papæ III*, 11 (Labbeus et Cossartius, tom. VI, p. 1480).

(2) Cap. 22 (Labbeus, tom. VI, p. 1506 et s.).

(3) On ne s'accorde pas sur les dates exactes des conciles de Compiègne et de Verberie ; le premier est, croit-on, de 757 ; le second de 758 ou 768. — Il convient de signaler en passant le concile de Latran de 745, qui condamna deux évêques hérétiques, Adelbert et Clément : ce dernier enseignait entre autres choses qu'on pouvait épouser la veuve de son frère.

(4) Can. 54 : « *Contradicimus quoque ut in quarta generatione nullus amplius conjugio copuletur ; ubi autem post interdictum, factum inventum fuerit, separetur.* »

Mais dès le milieu de ce même ix^e siècle, il y eut comme un retour aux idées du concile romain et du pape Zacharie. Un nouveau concile tenu à Rome en 853 défend d'épouser son alliée, « *quam cognatus habuit* », sans restreindre l'empêchement à un degré quelconque ; plus explicité encore, le concile de Worms (868) interdit le mariage entre parents ou alliés « *usque dum generatio recordetur, cognoscitur, aut memoria retinetur* (1). » Une pareille extension ne pouvait aller sans difficultés (on s'en était déjà aperçu au siècle précédent sous les papes Grégoire et Zacharie, et cette première expérience eût dû suffire) ; aussi le concile de Touzy (2) de 874 ne déclara-t-il incestueux que les mariages contractés entre parents et alliés à tous les degrés qui avaient un nom de parenté : « *Tamdiu vero, ut christiana religio et auctoritas sanctæ Ecclesiæ sancit, conjugia inter proximos vitanda sunt, quamdiu necessitudinum nomina perseverant, quoniam nunquam christianis convenit, ut duæ aut tres necessitudines, ut Beatus ait Augustinus, in homine uno fiant.* » De ce principe, les Pères du concile de Touzy concluaient que le mariage ne peut être permis qu'au delà du septième

(1) *Concilium Romanum*, can. 38 ; *Wormatiense*, can. 32. — Pothier ne cite du concile de Wormes que le canon 78, lequel n'existe pas dans les anciens manuscrits.

(2) *Concilium Duziacense, adversus incesta conjugia et rerum ecclesiarum perversiones*. — Les Pères de ce concile adressèrent aux évêques d'Aquitaine une lettre (Labbeus, tome ix, p. 262 et s.) condamnant les mariages incestueux contractés en Aquitaine en vertu d'une lettre de saint Grégoire à Augustin, évêque des Anglais, permettant le mariage aux troisième et quatrième degrés, sans doute par condescendance pour cette nation de néophytes : « *Necesse est, disait saint Grégoire, ut jam tertia vel quarta generatio fidelium licenter sibi jungi debeat.* » (V. Pothier, *op. et loc. citat.*).

degré, chacun des sept premiers degrés ayant un nom particulier (1).

Au x^e siècle, l'empêchement s'étendant jusqu'au septième degré était universellement admis. Mais au xi^e siècle, les divergences commencèrent à se produire ; les conciles de cette époque sont moins formels : le mariage n'est plus interdit qu'au sixième ou au septième degré (2). Il est juste de remarquer, conformément à une décrétale d'Alexandre II (3), que ceux qui bornaient la prohibition au sixième degré ne commençaient en général à compter qu'à partir des cousins germains : ils admettaient donc, en définitive, l'empêchement jusqu'au septième degré.

A la même époque éclatait sur ce point une dissension plus grave, l'hérésie dite des Incestueux. Les Incestueux admettaient la prohibition jusqu'au septième degré, mais ils prétendaient que les degrés devaient être comptés, non pas d'après le système de computation canonique, mais d'après le système de computation civile, ce qui avait

(1) Voici les noms des sept premiers degrés : 1^o frères et sœurs ; 2^o cousins germains, *fratrum sororumve filii aut filiae* ; 3^o *fratrum sororumve nepotes et neptes* ; 4^o *fratrum sororumve pronepotes* ou *proneptes* ; 5^o *fratrum sororumve abnepotes* ou *abneptes* ; 6^o *fratrum sororumve atnepotes* ou *atneptes* ; 7^o *fratrum sororumve trinepotes* ou *trineptes*. — C'est bien au concile de Touzy que se rattache la prohibition au septième degré ; en effet, on n'en trouve de traces antérieures que dans les Capitulaires de Benedictus Levita, dits *Faux Capitulaires*.

(2) *Concilium Bituricense*, Bourges (1031), can. 17 et 18 : « *Ut nullus de parentela sua uxorem accipiat usque in sextam vel septimam progeniem. — Ut nullus uxorem consanguinei vel alicujus parentis sui in conjugium accipiet...* »

(3) *Ad episcopos clericos et judices Italiæ* (Labbeus, t. ix, p. 1140). Ceux qui bornaient l'empêchement au sixième degré se fondaient sur la raison suivante : « *sicut totius mundi sex ætates existunt, et humanæ vitæ totidem sex, ita et in consanguinitate sex tantummodo... computandas esse generationes.* »

pour effet de restreindre considérablement l'empêchement d'affinité et de parenté. Alexandre II fit solennellement condamner leur système dans deux conciles réunis successivement à Rome en l'an 1065 (1).

L'empêchement de mariage entre parents et alliés jusqu'au septième degré présentait de tels inconvénients que le concile général de Latran, tenu en 1215, sous Innocent III, dut le restreindre au quatrième degré : « *Non debet reprehensibile judicari, si secundum varietatem temporum, statuta quandoque varientur humana, præsertim, cum urgens necessitas aut evidens utilitas id exposcit... Prohibitio copulæ conjugalis quartum consanguinitatis et affinitatis gradum non excedat, quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest absque gravi dispendio generaliter observari* (2). » Au concile de Trente, on proposa, mais en vain, de le réduire au troisième degré (3).

§ II. — Les trois genres d'affinité.

Tout ce qui précède ne concerne que le *primum genus affinitatis* ; mais l'empêchement d'affinité était plus étendu encore par suite de l'admission par les canonistes de deux autres genres d'affinité, qui ne furent abrogés que

(1) On les excommunia (Labbeus, t. ix, p. 1081 et 1082). — V. aussi une lettre d'Alexandre II *ad clericos Neapolitanos* (Labbeus, p. 1134, lettre 27) et la lettre citée à la note précédente.

(2) Suit ce motif singulier : « *Quaternarius vero numerus bene congruit prohibitioni conjugii corporalis de quo dicit Apostolus quod vir non habet potestatem sui corporis, sed mulier ; nec mulier habet potestatem sui corporis, sed vir, quia quatuor sunt humores in corpore qui constant ex quatuor elementis.* » (Can. 50).

(3) Theiner, *Acta genuina ss. œcumenici concilii Tridentini*, II, p. 336, 342, 360, 387.

dans le concile de Latran. En vertu de l'*unitas carnis*, il se produisait une sorte de multiplication de l'affinité par elle-même, si bien que l'alliance, au lieu de se former seulement comme en droit romain entre un époux et les parents de l'autre, s'établissait aussi entre un époux et les alliés de l'autre, entre les alliés respectifs des deux époux et, dans un cas particulier, entre certains parents respectifs des deux époux.

L'affinité du premier genre était donc le lien existant entre l'un des conjoints et les parents de l'autre ; c'était la seule qu'eussent connue le droit romain et même le droit de l'Eglise dans les premiers siècles.

L'affinité du second genre existait entre l'un des conjoints et les alliés de l'autre. Elle pouvait donc se former, soit entre un mari et le conjoint d'un parent de sa femme, soit entre un parent d'une femme et la seconde épouse du mari veuf de cette femme (1). Logiquement cette affinité aurait dû faire obstacle au mariage dans les mêmes degrés que celle du premier genre. Mais c'était là une conséquence bien difficile à admettre en pratique ; aussi, comme le fait remarquer M. Esmein, utilisa-t-on pour pouvoir restreindre cet empêchement des textes écrits à une époque où l'Eglise défendait le mariage jusqu'au septième degré de computation romaine, ou jusqu'aux troisième et quatrième de computation germanique (2). En vertu de ces textes, on décida que l'affinité du second genre formerait un empêchement, dirimant dans les trois premiers degrés, prohibitif au quatrième. Cet empêchement d'ailleurs résultait aussi bien de la fornication que

(1) Bernard de Pavie, *Summa*, p. 168.

(2) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, vol. 1, p. 380.

du mariage consommé ; ainsi, lorsqu'un homme avait eu des relations avec deux femmes, les parents au troisième degré de la première ne pouvaient épouser la seconde (1).

L'affinité du troisième genre se formait entre l'allié au second genre d'un des conjoints et le conjoint de l'autre. Ainsi un parent de ma femme se mariait : son conjoint devenait mon allié au second genre. Si le parent de ma femme venait à mourir et que son conjoint se remariât, le second conjoint devenait mon allié au troisième genre (2). L'empêchement n'existait ici que jusqu'au second degré (3) ; d'ailleurs, comme le précédent, il résultait de la fornication aussi bien que du mariage.

Nous avons annoncé plus haut que le droit canon avait aussi connu une sorte d'affinité existant entre les parents d'un époux et les parents de l'autre. « Lorsqu'une femme devenue veuve contractait une nouvelle union, non seulement elle restait l'alliée des parents de son premier mari et transmettait cette qualité à son second époux, mais encore les enfants nés du second mariage ne pouvaient pas contracter mariage avec les parents du premier mari jusqu'au quatrième degré de parenté (4). » On expliquait

(1) Bernard de Pavie, *Summa*, p. 173.

(2) Bernard de Pavie, *Summa*, p. 173.

(3) Esmein, *op. citat.*, p. 380. — D'après Pothier (part. III, ch. 3, art. 2, § 3), les affinités du second et du troisième genre formaient empêchement de mariage dans les mêmes degrés que celle du premier genre.

(4) Esmein, *op. citat.*, p. 381. — Cette dernière sorte d'affinité est beaucoup plus compréhensible à notre avis que celle dite du troisième genre : il semble en effet plus naturel qu'il y ait une affinité entre les parents des deux époux qu'entre leurs alliés. On a déjà signalé un cas d'affinité entre les parents des deux conjoints (V. *supra*, *Législations anciennes*, § 2, *in fine*). De même dans l'Eglise grecque, où la prohibition entre alliés n'a atteint que le sixième degré, on considère comme

d'ordinaire cette prohibition concernant la *soboles ex secundis nuptiis* par la théorie de l'*unitas carnis* ; mais certains auteurs n'y voyaient qu'une interdiction spéciale et arbitraire. Comme les précédentes, elle résultait de la fornication.

*
* *

Tel était l'empêchement de mariage résultant de l'affinité légitime, lorsque se réunit en 1215 le concile de Latran : prohibition de mariage jusqu'au septième degré entre alliés du premier genre, jusqu'au troisième degré entre alliés du second genre, jusqu'au second degré entre alliés du troisième genre, jusqu'au quatrième degré en ce qui concernait la *soboles ex secundis nuptiis*. « Il y avait là, dit M. Esmein, un vaste réseau aux mailles étroites, où, de la meilleure foi du monde, bien des contractants devaient être pris (1). » Il y avait là aussi, pour des époux désireux de se séparer, un excellent moyen de faire annuler leur mariage sous prétexte d'une alliance vraie ou feinte qu'ils se découvraient après coup : l'empêchement d'affinité était en ce sens comme un correctif à la règle de l'indissolubilité du mariage dans une législation qui n'admettait pas de véritable divorce.

Frappé de ces inconvénients, le concile de Latran ne laissa subsister que l'affinité du premier genre, en restreignant au quatrième degré l'empêchement de mariage dont elle était la cause.

Les auteurs du temps citent cependant un cas d'empêchement d'affinité au second genre ayant résisté à l'abro-

alliés entre eux les parents des deux époux (*Concilium Trullanum*, anno 692, cap. 54. — *Basilicæ*, liv. XL, tit. 37, l. *Julia de adulter.*, c. 77.)

(1) Esmein, *op. citat.*, vol. 1, p. 88.

gation prononcée par le concile de Latran. Supposons un homme voulant épouser la belle-mère de sa défunte femme. Il n'y a pas entre eux affinité véritable : l'homme en se mariant n'a contracté affinité qu'avec les parents de sa femme et non avec ses alliés ; or la belle-mère de la femme n'est pour celle-ci qu'une alliée. Avant le concile de Latran, il y aurait eu là affinité du second genre ; mais, l'affinité du second genre ayant été abolie par le concile, il semble que rien ne s'oppose à la validité du mariage. Cependant, le cas s'étant présenté en Normandie plus de quatre siècles après le concile de Latran, une telle union fut jugée illicite. Sébastien Leporcher voulait épouser Marie Auvray, belle-mère de sa première femme Louise le Vicomte, et avait obtenu à cet effet un rescrit de Rome, dûment entériné par l'évêque d'Avranches ; il avait aussi en sa faveur, dit Pothier, des consultations de Sorbonne. L'appel comme d'abus ayant été porté au Parlement de Rouen, l'avocat général du Vicquet soutint qu'en dépit du concile de Latran et bien qu'il n'y eût là qu'une affinité du second genre, on devait tenir compte de l'honnêteté publique et ne pas laisser conclure ce mariage : le Parlement de Normandie, entrant dans cette voie, décida par arrêt du 17 décembre 1617 qu'il avait été abusivement procédé à l'entérinement du rescrit et fit défense de passer outre à la célébration du mariage sous peine de mort. Le Parlement jugeait qu'il y avait là un empêchement d'honnêteté publique si fort qu'il n'était pas susceptible de dispense (1).

(1) V. Duperray, *Traité des dispenses de mariage*, p. 17 ; Le Ridant, *Code matrimonial*, 2^e partie, p. 29. — Pothier, *Traité du contrat de mariage*, part. III, ch. 3, art. 5, § 3. — Il fut rendu par le même Parlement un autre arrêt portant une décision identique au sujet d'un homme qui voulait épouser la veuve de son beau-fils.

En résumé et à part cette restriction, l'empêchement d'affinité du droit canonique n'existe, depuis le concile de Latran, qu'entre un conjoint et les parents de l'autre, en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré.

CHAPITRE TROISIÈME

L'affinitas ex copula illicita.

On a vu que l'affinité résultait en droit canonique des relations sexuelles, et non pas du mariage comme en droit romain. Logiquement, l'affinité devait résulter du commerce charnel, même lorsqu'il était illicite, c'est-à-dire entretenu en dehors du mariage ; par la *copula illicita*, comme par la consommation du mariage, deux personnes devenaient *unâ caro* (1) ; dès lors, la parenté de l'une se communiquait à l'autre sous forme d'affinité : les parents de l'une étaient désormais les alliés de l'autre.

On étudiera successivement l'empêchement que produit cette affinité, tel qu'il était avant le concile de Trente et tel que l'a restreint ce concile.

I. — AVANT LE CONCILE DE TRENTE.

Il est probable que l'empêchement d'affinité illicite avait été admis dès les premiers siècles de l'Eglise. C'est du moins ce qui semble résulter du dernier canon du concile

(1) C'est ce qu'on trouve déjà dans saint Paul, 1^{re} Epître aux Corinthiens, ch. vi, v. 16 : « *An nescitis quoniam qui adhæret meretrici, unum corpus efficiuntur, erunt quoque duo in carne una.* »

d'Ancire (1), tenu en 314; mais ce n'était alors qu'un empêchement prohibitif et ne s'étendant probablement qu'aux degrés les plus proches.

Une décrétale pseudo-isidorienne, attribuée au pape Grégoire, est beaucoup plus catégorique : « *Nec aliquam quam quis ex propria consanguinitate conjugem habuit vel aliqua illicita pollutione maculavit in conjugium ducere ulli profecto christianorum licet vel licebit* (2).

On peut affirmer en tout cas que cet empêchement était communément admis en France à la fin du ix^e siècle. En effet, le concile de Touzy, tenu en l'an 860, eut à examiner une affaire dans laquelle un mari refusait de consommer le mariage parce qu'il avait eu antérieurement des relations avec une parente de sa future épouse : « *Quoniam juvenis femina, cum qua carnali commercio mixtus fueram, propinqua istius puellæ extitit... quamdiu in tali incestu maneremus nec ego nec illa fructuosam pœnitentiam agere possemus, neque talis incestus, nisi separatione nostra ab invicem, sanari valeret* (3). » Or, dans le mémoire qu'il rédigea sur cette cause, Hincmar de Reims reconnut qu'il y avait bien là un empêchement de mariage et approuva la conduite du mari : « *Sed ipse non illa utatur ut conjuge, eo quod, ut fatetur, cum aliqua*

(1) « *Sponsam quidam habens, sororem ejus violavit et gravidam reddidit, postmodum desponsatam sibi duxit uxorem, illa vero quæ corrupta est laqueo se peremit: hi qui fuerunt conscii, post decennem satisfactionem jussi sunt suscipi, secundum gradus pœnitentiæ constitutos.* » Si ce mariage était jugé criminel et puni de la pénitence de dix ans, c'était à cause de l'affinité formée entre les deux fiancés par les relations illicites de l'un d'eux avec la sœur de l'autre.

(2) V. Hinschius, *Decretales pseudo-isidorianæ*, p. 751.

(3) *De nuptiis Stephani et filiæ Regimundi comitis, Hincmaris opera*, éd. Sirmond, II, p. 648.

ejusdem puellæ propinqua quondam carnali commercio se miscuerit (1). »

Le principe de l'affinité se formant que la simple *copula carnalis* fut dès lors appliqué dans toute sa rigueur : le fait brutal de la *copula* suffisait, pourvu que les relations eussent été normales et complètes, même s'il n'y avait pas eu intervention de la volonté d'une des parties : « *Cum femina prorsus invita, ignorante, ebria, insana, quia ea copula satis est ad generationem* (2). Comme le fait remarquer M. Esmein, c'était une règle de nature à jeter le trouble dans les familles et à rendre parfois bien difficile la pratique judiciaire (3) ; on se montrait heureusement très exigeant pour la preuve des relations sexuelles.

L'empêchement d'affinité illicite avait d'ailleurs la même étendue que l'empêchement d'affinité légitime : et lorsque celle-ci forma obstacle au mariage jusqu'au septième degré, il en fut de même de l'*affinitas ex copula illicita* (4).

(1) *Ibid.*, p. 647. — Signalons une autre trace de notre empêchement dans un canon du concile de Compiègne, tenu plus d'un siècle avant celui de Touzy : « *Si quis uxore accepta invenit eam a fratre suo contaminatam, ipsam dimittens accepit aliam, ipsamque contaminatam invenit, uxor illius legitima est, propterea quia nec ipse virgo fuit illo tempore...* » (*Concilium Compendiense*, Compiègne, 757, can. 7). A notre avis, ce texte entend parler de relations ayant eu lieu avant le mariage, et non pas après : ce qui est bien le cas de l'affinité illégitime, et non de l'*affinitas superveniens*.

(2) Sanchez, *De sacrament. matrimon.*, lib. vii, disp. xlv, n° 17.

(3) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, vol. 1, p. 378.

(4) Il existe cependant des textes qui, au premier abord, semblent dire le contraire ; mais ils sont relatifs, non à l'*affinitas ex copula illicita*, mais à l'*affinitas superveniens*, dont il sera question au chapitre suivant. Ce sont des décrétales d'Alexandre III (1^{re} collection, ch. 2, tit. *de eo qui cogn. consanguin. uxoris*), d'Urbain III (*Ibidem*, ch. ultim., tit. *de divort.*), Innocent III (ch. 6, ext. *de eo qui cognov. consanguin. uxoris, in fine.*)

C'est ce qu'on lit du reste dans Yves de Chartres : « *Progeniem suam unumquemque usque ad septimam observare decrevimus generationem, et quamdiu se agnoscant affinitate propinquos, nec eam quam aliquis ex propria consanguinitate conjugem habuit, vel aliqua illicita pollutione maculavit, in conjugio ducere ulli Christianorum licet* (1). »

De la *copula illicita* résultaient, non seulement une affinité du premier genre, mais aussi des affinités du second et du troisième genres, ainsi que l'empêchement de mariage spécial à la *soboles ex secundis nuptiis* (2). Ainsi entendu l'empêchement d'affinité illégitime atteignait des proportions tellement exagérées qu'une réforme s'imposait : elle fut faite en partie par le concile de Latran (1215), qui ne conserva plus que le premier genre d'affinité, tant illégitime que légitime, et restreignit au quatrième degré l'empêchement de mariage qui en était la conséquence. Cet état de choses ne devait subir de nouvelles modifications que trois siècles après, lors du concile de Trente.

II. — APRÈS LE CONCILE DE TRENTE.

Le concile de Trente s'exprime sur l'affinité illégitime de la façon suivante : « *Sancta synodus eisdem et aliis gravissimis de causis adducta, impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur, et*

(1) Décret d'Yves de Chartres, ix^e partie, ch. 26. — Il est vrai qu'Yves de Chartres s'appuie sur une lettre de saint Grégoire à Félix de Messine, tirée des décrétales pseudo-isidorienne et présentant par conséquent des garanties plus que douteuses d'authenticité. Le passage que nous avons cité montre cependant quelle était la doctrine du droit canon sur le point qui nous occupe au temps d'Yves de Chartres.

(2) V. *supra*, ch. deuxième, II.

matrimonium postea factum dirimit, ad eos tantum qui in primo et secundo gradu junguntur, restringit; in ulterioribus vero gradibus statuit affinitatem matrimonium postea contractum non dirimere (1). »

Désormais, l'empêchement d'affinité illégitime était donc restreint au second degré, tandis que celui d'affinité légitime, en dépit de plusieurs tentatives, subsistait jusqu'au quatrième : c'était là une dérogation notable au principe que l'affinité se formait par la *copula carnalis* et entraînait les mêmes conséquences, quel que fût le caractère, licite ou non, de cette *copula*.

Une difficulté s'éleva sur l'interprétation du texte que nous venons de citer. Quelques canonistes prétendirent que, le concile n'ayant pas expressément permis le mariage aux troisième et quatrième degrés, l'affinité illégitime à ces degrés devait encore former un empêchement prohibitif. Pie V, dans une Bulle rendue *motu proprio* en 1566, décida au contraire qu'il n'y avait au troisième et au quatrième degré d'affinité illégitime, aucun empêchement de mariage, ni dirimant, ni même prohibitif (2).

Dans la pratique, on n'admettait la preuve de l'affinité illégitime sur laquelle on basait une demande en nullité de mariage que si cette affinité résultait d'un commerce public. Si elle résultait d'un commerce secret, le mariage était aux yeux de l'Église une faute, un péché, mais non un acte annulable (3). Si au contraire le commerce établis-

(1) *Concilium Tridentinum*, session 24, ch. 4.

(2) Rapportée par Sanchez, *De sacrament. matrimon.*, l. vii, disp. lxxvii, n° 4 : « *Declaramus et auctoritate apostolica decernimus nullum hodie impedimentum remanere quominus in ulterioribus gradibus hujusmodi libere et licite matrimonium contrahi possit.* »

(3) Ainsi le décide Alexandre III : « *De illo qui mulierem quamdam*

sant l'affinité avait été public, les juges pouvaient en admettre la preuve : Pothier rapporte à ce sujet un arrêt du 20 août 1664 qui cassa un mariage sur la preuve faite que le mari avant ce mariage avait publiquement entretenu la fille de sa femme.

On se montrait d'ailleurs assez exigeant en ce qui concernait les preuves de l'existence du commerce public. Un bruit vague, une rumeur de quartier étaient jugés insuffisants : *fama per se nihil probat*. Il fallait en outre des témoignages précis et émanant de personnes dignes de foi ; c'est ce que décide Célestin III : « *Rumor viciniæ non adeo est judicandus validus, quod, nisi rationabiles et fide dignæ probationes accedant, possit bene constitutum matrimonium irritari* (1). »

CHAPITRE QUATRIÈME

L'affinitas superveniens.

Nous arrivons avec l'*affinitas superveniens* à l'une des théories les plus originales du droit canonique, au plus

cognovit, et filiam ejusdem sibi postea in matrimonium copulavit, cui jam per decennium cohabitavit, tuæ prudentiæ respondemus, quod si delictum ejus, sicut nobis significasti, occultum existit, pœnitentia sibi condigna debet imponi, nec est ab uxore quæ tanti sceleris inscia est, separandus ; si autem id publicum et notorium esse dignoscitur, ab uxore separari debet et perpetuo sine spe conjugii permanere. » (Prima collectio, ch. 4, de eo qui cognovit consanguin. uxoris, iv, 13).

(1) Prima collect., ch. 5, De eo qui cognov. consanguin., iv, 13.—V. dans le même sens les *Constitutiones Ricardi Poore, episcopi Sarum*, cap. 66. (Labbeus et Cossartius, *op. citat.*, vol. 11, pars 1^o, p. 245.)

bel exemple peut-être des subtilités ou tout au moins des déductions extrêmes dont les canonistes abusèrent en matière de parenté et d'alliance. Disons en deux mots, sauf à entrer plus loin dans les détails, que l'*affinitas superveniens* est une affinité illégitime qui se forme entre deux personnes par le commerce de l'une avec un parent de l'autre, avec cette particularité que le commerce a été entretenu non pas avant le mariage des deux alliés, auquel cas ce mariage serait nul, mais après ce mariage. Les effets de cette singulière affinité ont varié suivant les époques.

De bonne heure, le droit canonique s'occupa de l'adultère doublé d'inceste. Lorsqu'un époux avait commis un adultère avec un parent de son conjoint, celui-ci avait le droit de divorcer et de se remarier, tandis que les deux coupables devaient rester *innupti* jusqu'à leur mort. C'est ce qu'on peut lire dans les décrets rendus après les conciles de Compiègne et de Verberie (1) : le premier ne prévoyait que l'adultère de la femme avec son beau-frère ; mais le second vise en outre l'inceste adultérin entre alliés en ligne directe, et entre le mari et la sœur ou même la cousine de sa femme ; néanmoins dans ce dernier cas l'Église refusait le divorce (2).

(1) Sur les dates des conciles de Compiègne et de Verberie, v. *supra*, p. 124, note 3.

(2) Compiègne, c. 12 : « Si quis homo habet mulierem legitimam et frater ejus adulteravit cum ea, ille frater vel illa femina qui adulterium perpetraverant interim quo vivunt nunquam habeant conjugium. Ille cujus uxor fuit, si vult, potestatem habeat accipere aliam ». V. aussi, c. 14 et 15. — Verberie, c. 2 : « Si aliquis cum filiastra sua manet, nec matrem nec filiam ipsius potest habere, nec ille nec illa aliis se poterunt conjungere ullo unquam tempore. Attamen uxor ejus, si ita voluerit, si se continere non potest, si postea quam cognovit quod cum filia sua in ejus fuit in adulterio,

Mais, lorsque commença à s'affirmer le principe de l'indissolubilité du lien matrimonial, on ne put maintenir cette solution. On arriva à un résultat équivalent « par un raisonnement extrême, fondé sur la théorie de l'affinité (1). » Un mari avait des relations avec une parente de sa femme : on décida qu'il devenait l'allié de sa femme, comme il le serait devenu si le mariage n'avait pas précédé ; c'était l'*affinitas superveniens ex copula illicita*. Or, si cette affinité s'était établie avant le mariage, elle eût rendu celui-ci impossible ; elle ne s'établissait que postérieurement, mais ne fallait-il pas cependant lui faire produire rétroactivement son effet sur la validité du mariage ? C'est en effet ce qui fut décidé : au lieu de prononcer le divorce pour cause d'adultère incestueux comme sous l'empire des décrets de Compiègne et de Verberie, on prononça l'annulation du mariage comme existant entre alliés : l'époux innocent devenait libre et pouvait se remarier.

C'était une doctrine rigoureuse qui n'allait pas sans quelques divergences de vues. Innocent III, dans un texte qu'on lira plus loin, constate que certains de ses prédécesseurs distinguaient suivant que l'adultère incestueux

carnale commercium cum eo non habet, nisi voluntate abstinere, potest alio nubere. » — C. 10 : « Si filius cum noverca sua, uxore patris sui dormierit, nec ille nec illa possunt ad conjugium pervenire. Sed ille vir, si vult, potest aliam uxorem habere ; sed melius est abstinere. » — C. 11 : « Si quis cum filiastra sua dormierit, simili sententia... » — C. 18 : « Qui cum consobrina uxoris suæ manet, sua carcat et nullam aliam habeat. Illa mulier quam habuit faciat quod vult. Hoc Ecclesia non recipit. » — S'agit-il dans ces décisions d'un divorce ou d'une annulation ipso facto du mariage ? V. dans le premier sens : Scherer, *Das Eherecht bei Benedikt Levita*, p. 33 et s. ; Esmein : *Le mariage en droit canonique*, vol. 2, p. 67 et 68. En sens contraire : Freisen : *Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur*, Tübingen, 1888, p. 462 et s.

(1) Esmein, *op. citat.*, vol. 1, p. 382.

avait été public ou caché, d'autres suivant qu'il avait été commis avec un allié rapproché ou éloigné : l'un d'eux, Alexandre III, semble bien avoir admis la dissolution du mariage par l'*affinitas superveniens*, mais seulement au cas où le mariage n'avait pas été consommé (1). Le principe de l'annulation du mariage subsistait cependant, et Bernard de Pavie l'expose encore, quoique pour le combattre : « *Quid igitur faciet uxor quæ forte nequit continere? Videtur dici in primo hujus tituli capitulo ut possit alium accipere; quod ego non credo, nisi post viri decessum; sed oportet eam, velit nolit, vivere continenter, sicut si maritus ejus castraretur* (2). »

La règle de l'indissolubilité du lien matrimonial s'opposait en effet à ce qu'on brisât un mariage pour une cause postérieure à sa célébration. Aussi le pape Innocent III, qui était le contemporain de Bernard de Pavie, décida-t-il que l'*affinitas superveniens* ne rompait pas le mariage, l'époux innocent ne devant pas perdre par le fait d'un crime auquel il était étranger les droits que lui avaient conférés son union : « *Nec affinitas, quæ post contractum legitime matrimonium inter virum et uxorem inique contrahitur, ei debet officere quæ hujusmodi iniquitatis particeps non existit, cum jure suo non debeat sine culpa sua privari; quanquam a quodam prædecessore nostro dicatur in simili casu fuisse distinctum, utrum incestus*

(1) Par la suite, la doctrine ayant varié, la décrétale d'Alexandre III fut retouchée et ne s'entendit plus que des fiançailles : « *Si matrem sponsæ suæ cognovit et sponæ nunquam carnaliter adhæsit, imponenda est ei pœnitentia... poterit ex dispensatione cum alia matrimonium contrahere. Cæterum si sponsam cognovit, antequam matrem vel post, nunquam eam vel aliam potest accipere in uxorem.* » (Prima collectio, ch. 2, de eo qui cognov. consanguin., iv, 13).

(2) Summa, p. 163.

vel adulterium manifestum fuerit, an occultum, aliis afferentibus inter gradum proximum et remotum esse potius distinguendum (1). »

Bien qu'il laissât subsister le mariage, Innocent III recommandait aux époux unis par l'*affinitas superveniens* de s'abstenir de l'usage du mariage ; cependant, ici encore, l'époux innocent était privilégié : on lui permettait, s'il trouvait cette continence absolue trop pénible pour lui, d'exiger du conjoint coupable le devoir conjugal, et le conjoint coupable était tenu de rendre le *debitum conjugale* sans pouvoir l'exiger lui-même : « *Tuæ fraternitatis devotio postulavit utrum is qui cum sorore legitimæ conjugis fornicatur, cum uxore possit postmodum commorari et exigere debitum ac solvere requisitus. Respondemus quod uxor a commixtione viri abstineat propter publicam honestatem, et in continentia maneat, donec vir viam universæ carnis ingressus fuerit, diligentius est monenda : quod si forte commotioni parere recusans talis fuerit ut de lapsu timeatur ipsius, vir ejus poterit et debeat cum Dei timore debitum ei solvere conjugale, cum affinitas post matrimonium inique contracta, illi nocere non debeat quæ iniquitatis particeps non existit* (2). »

Le concile de Trente passa sous silence l'*affinitas superveniens*. Quelques auteurs en ont conclu qu'il avait entendu la supprimer et restreindre l'empêchement résultant de l'*affinitas ex copula illicita* au mariage que contracteraient postérieurement les deux affins (3).

(1) Ch. 6, de eo qui cognov. consanguin., iv, 13.

(2) Chap. 10, eod. titul. — V. une décision semblable d'un successeur d'Innocent III, Grégoire IX : Ch. 11, eod. titul.

(3) V. Gibert, *Tradition sur le mariage*, t. II, p. 392 ; Pothier.

Nous croyons au contraire, avec la majorité des auteurs, que le concile de Trente n'a rien changé à l'*affinitas superveniens* (1). Elle continue donc, selon la décrétale d'Innocent III, à former obstacle à l'usage du mariage : l'époux coupable ne peut sans une dispense de son évêque exiger de son conjoint le *debitum conjugale*, tout en étant tenu de le rendre si celui-ci l'exige.

Cependant, comme il s'agit là d'une interdiction qui ne relève que de la conscience, comme d'autre part cette interdiction paraît singulière à nos esprits modernes habitués à ne voir apporter aucune restriction aux droits conjugaux et à n'admettre comme empêchements d'un mariage que des faits antérieurs à sa célébration, l'Église a, semble-t-il, laissé peu à peu tomber en désuétude les règles de l'*affinitas superveniens*.

CHAPITRE CINQUIÈME

L'empêchement d'honnêteté publique.

On a déjà vu une sorte d'empêchement d'honnêteté publique, basé sur une affinité du second genre, que reconnaissait la jurisprudence française, même après le concile de Latran : cet empêchement existait entre l'un des époux et les alliés en ligne directe de son conjoint (2).

Mais le droit canonique entend surtout par *impedimentum publicæ honestatis* ou *justitia publicæ honestatis* une

(1) V. Henrion, *Code ecclésiastique français*, Paris, 1829, t. II, p. 388.

(2) V. *supra*, ch. deuxième, in fine.

prohibition de mariage édictée au cas de fiançailles ou de mariage non consommé entre l'une des parties et certains parents de l'autre. On examinera successivement cet empêchement tel qu'il était avant le concile de Trente et tel que l'a modifié ce concile.

I. — AVANT LE CONCILE DE TRENTE.

Les Romains connaissaient déjà un empêchement de mariage entre l'un des fiancés et les parents en ligne directe de l'autre (1); par contre ils ignoraient l'empêchement d'honnêteté publique résultant du mariage consommé: on sait en effet que le droit romain n'admettait pas la distinction entre le mariage consommé et le mariage non consommé (2).

En droit canonique, les fiançailles et le mariage avant sa consommation ne créaient pas l'affinité, celle-ci ne résultant que de la *copula carnalis*. Aussi, dans les premiers siècles de l'Église, l'admission de notre empêchement rencontra-t-elle bien des difficultés.

Le pape Benoît refusait de le reconnaître, du moins en ligne collatérale; au patriarche Gaudence, qui lui demandait si un homme pouvait épouser la sœur de son ancienne fiancée, il répondait: « *Cur prohibeamus quod prohibitum nunquam sacra Scriptura declaravit, sed neque mundanæ leges connumeratis personis quibus inter se nuptias contrahere non licet, de hujusmodi aliquid*

(1) Dig., l. 12, pr. et §§ 1 et 2, De rit. nupt., xxiii, 2; l. 14, § 4 in fine, eod. titul. — Le nom d'*honestas publica* vient peut-être aussi du droit romain: « *Semper in conjunctionibus non solum quod licet considerandum est, sed et quid honestum sit.* » (Dig., l. 42, pr. De rit. nupt., xxiii, 2.)

(2) On a vu Zénon proscrire cette théorie: Code, l. 8, De incest. et inutil. nupt., v, 5 (v. supra: Législation romaine, ch. troisième, II in fine).

dicunt negotio ? (1) » Une fausse décrétale attribuée au même pape s'exprime ainsi : « *Quibus verbis innotuit non aliter virum et mulierem posse fieri unam carnem, nisi carnali copula sibi cohæreant. Qui ergo nequaquam mixtus est extraneæ mulieri fœdere nuptiali, quo pacto per nuda sponsionis verba possunt una caro fieri, nullatenus valemus intueri. Propinquitas enim sanguinis verbis dicitur, non verbis efficitur. Sed neque osculum parit propinquitatem, quod nullam facit sanguinis commixtionem* (2). » La même doctrine était soutenue par Hincmar de Reims, qui ne voulait admettre que l'affinité résultant de la consommation du mariage (3).

En pratique cependant, on avait reconnu l'empêchement, d'abord en ligne directe, plus tard en ligne collatérale, sur la foi de textes attribués à Grégoire le Grand, au concile de Tribur de 896 et à Jules II (4). C'était l'opinion d'Yves de Chartres : pour lui lès fiançailles produisaient la plupart des effets du mariage et donnaient par conséquent naissance à une affinité (5). Pierre Lombard n'admettait l'empêchement que dans le cas de

(1) Labbeus et Cossartius, *Concilia*, t. 10, p. 1581.

(2) Gratien, caus. 27, can. 18.

(3) *De nuptiis Stephani* (*Hincmaris opera*, éd. Sirmond, II, p. 659). — C'était d'ailleurs l'opinion attribuée à saint Augustin dans le texte suivant : « *Non est dubium illam mulierem non pertinere ad matrimonium, cum qua commixtio sexus non docetur fuisse.* » (Caus. 27, quæst. 2, can. 16). Mais ce texte n'est pas de saint Augustin : la provenance en est incertaine (Friedberg, *Corpus juris canonici*, notes 123 et s.).

(4) Gratien, caus. 27, quæst. 2, can. 11 et s., spécialement 14 et 15.

(5) Ep. xcix, p. 192 ; ép. ccxlvj, p. 435. — Dans Yves de Chartres cependant, commence à poindre l'idée, qui triomphera, de morale et d'honnêteté ; ép. ccxlvj, p. 436.

mariage non consommé (1), tandis que Gratien le faisait naître aussi des fiançailles. C'est cette dernière solution qui finit par triompher ; en même temps, la notion d'affinité s'était restreinte et spécialisée : on en détacha l'*honestas publica*, qui constitua, dès lors, un empêchement de mariage bien distinct.

Cet empêchement se formait, avons-nous dit, par les fiançailles ou pour le mariage célébré, mais non consommé. Si les fiançailles étaient dissoutes, l'empêchement ne disparaissait pas pour cela (2) ; il subsistait même, si les fiançailles étaient nulles, pour un motif autre que le défaut d'âge ou de consentement (3) : il fallait cependant alors qu'elles n'eussent pas été contractées sous condition, ou que la condition eût été accomplie. Les mêmes règles *mutatis mutandis* s'appliquaient à l'empêchement d'honnêteté publique résultant du mariage non consommé (4).

L'étendue de l'empêchement d'honnêteté publique était d'ailleurs la même que celle de l'empêchement d'affinité légitime basé sur la consommation du mariage : il faisait donc obstacle au mariage jusqu'au septième degré avant le concile de Latran, jusqu'au quatrième après ce concile.

(1) *Sentent.*, iv, D. xxvii, K.

(2) Les fiançailles pouvaient se dissoudre pour plusieurs raisons réunies par Eustache du Bellay, évêque de Paris, dans les trois vers suivants :

Crimen, dissensus, tempus et ordo, secundas

Morbus et affinis, vox publica, cumque reclamant

Quodlibet istorum sponsalia solvit eorum.

(3) Cette solution, moins logique que la précédente, rencontra des opposants ; v. notamment saint Thomas-d'Aquin, *Summa, Supplement.*, quæst. 55, art. 4.

(4) Ch. 4, *De sponsal. et matrimon.*, iv, 1.

II. — APRÈS LE CONCILE DE TRENTE.

« *Justitiæ publicæ honestatis impedimentum*, dit le concile de Trente, *ubi sponsalia quacumque ratione valida non erunt, sancta synodus prorsus tollit; ubi autem valida fuerint, primum gradum non excedant: quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest hujusmodi prohibitio absque dispendio observari* (1). »

Ce passage visait l'empêchement d'honnêteté publique et lui faisait subir deux réformes importantes. En premier lieu, il le supprimait purement et simplement au cas où les fiançailles étaient nulles : c'était somme toute un retour à la logique. En second lieu, il le restreignait, en cas de fiançailles valides, au premier degré, en ligne collatérale aussi bien qu'en ligne directe puisque le texte ne distinguait pas : l'empêchement se bornait donc désormais au père et à la mère, au fils et à la fille, au frère et à la sœur du fiancé ou de la fiancée. Après comme avant la réforme, on considéra comme valides les fiançailles valablement contractées, même si elles étaient postérieurement dissoutes, ainsi que les fiançailles contractées sous condition suspensive, pourvu qu'elles eussent été confirmées par l'accomplissement de la condition (2).

(1) Session xxiv, *De reformatione matrimonii*, ch. iii.

(2) Nous ne ferons qu'indiquer sur l'empêchement d'honnêteté publique résultant des fiançailles deux autres questions moins importantes : 1^o L'empêchement pouvait-il s'établir entre deux personnes dont l'une n'était pas encore au monde, par exemple entre un fils et la fiancée de son père, les fiançailles ayant été dissoutes avant la naissance du fils ? On admettait ordinairement la négative. — 2^o L'empêchement résultait-il des fiançailles, même non bénies ? Les auteurs penchaient généralement pour l'affirmative. V. en ce sens : Pothier, *Traité du contrat de mariage*, part. iii, ch. 3, art. 5, § 1, n^o 217. En sens contraire : *Conférences de Paris sur le mariage*.

L'empêchement d'honnêteté publique fondé sur un mariage non consommé n'ayant pas été modifié par le concile de Trente (1), il en résulta que cet empêchement continua à s'étendre au quatrième degré et à se former même par suite d'un mariage nul, sauf pour défaut d'âge ou de consentement (2).

CHAPITRE SIXIÈME

Des dispenses. ⁽³⁾

Un système de prohibitions aussi étendues, basées sur l'affinité légitime ou illégitime et sur l'honnêteté publique, n'aurait pas pu fonctionner, surtout avant les réformes du

(1) Ainsi le décida la constitution *Ad Romanum* du pape Pie V [*Bul-laïre romain*, tome iv, 3^e partie, constitution lxxxv, du 1^{er} juillet 1568] se fondant sur cette raison que, le concile de Trente n'ayant pas visé expressément le cas du mariage non consommé, on ne peut faire rentrer ce cas dans celui des fiançailles sans argumenter *de minori ad majus*. — A notre avis, rien n'était moins certain; le concile parle en effet de *sponsalia*, ce qui peut très bien s'entendre des *sponsalia de futuro* et aussi des *sponsalia de præsenti*, c'est-à-dire du mariage non consommé.

(2) Signalons une exception à l'empêchement d'honnêteté publique; elle est un peu compliquée. Un premier mariage est nul par suite de l'empêchement d'honnêteté publique: ce mariage ne s'oppose pas à une seconde union avec la fiancée qu'on avait délaissée pour épouser sa mère ou sa sœur. En effet: 1^o il ne faut pas qu'une jeune fille, jalouse comme il arrive souvent du mariage que va contracter sa sœur déjà fiancée, puisse l'empêcher en se fiançant ou en se mariant avec le futur; 2^o un auteur donne aussi cette autre raison que l'empêchement d'honnêteté publique a précisément pour but de permettre au fiancé de revenir à sa fiancée (il nous semble qu'il a plutôt pour but de sauvegarder la pureté des relations entre personnes qui sont devenues des proches).

(3) Consulter, outre les ouvrages généraux: Duperray, *Traité des dispenses de mariage*, Paris, 1759. — Feije, *De impedimentis et dispensa-*

concile de Latran, sans le correctif des dispenses, « qui permettait de plier aux besoins individuels les règles sévères posées par les canons (1). » Aussi les canonistes eux-mêmes définissent-ils les dispenses un sage relâchement à la rigueur des principes. La pratique révélait en effet des cas où, par suite de circonstances exceptionnellement favorables, il semblait opportun d'admettre des exceptions à la discipline générale.

On examinera dans un premier paragraphe la théorie des dispenses dans le droit canonique, spécialement en ce qui concerne l'*affinitas* et l'*honestas publica* ; un second paragraphe sera consacré à l'exposé de quelques dispenses d'affinité prises dans l'histoire de la chrétienté, et à l'étude d'une cause matrimoniale célèbre en notre matière, celle d'Henri VIII, roi d'Angleterre.

I. — THÉORIE DES DISPENSES.

L'Eglise, ayant le droit d'édicter des empêchements dirimants, devait avoir aussi celui d'en donner dispense (2), sauf aux parties à faire ensuite ratifier leur dispense par

tionibus matrimonialibus, 3^e éd., Lovanii, 1875. — Caillaud, *Manuel des dispenses*, Bourges, 1873. — Brillaud, *Empêchements et dispenses de mariage*, 2^e éd., Paris, 1884. — Esmein, *Le mariage en droit canonique*, spécialement vol. 2, p. 315 et s.

(1) Esmein, *op. citat.*, vol. 1, p. 90.

(2) Ces deux prérogatives de l'Eglise, admises par les souverains catholiques, étaient contestées par la religion protestante, contre laquelle fut rendu au concile de Trente le canon suivant : « Si quis dixerit eos tantum consanguinitatis et affinitatis gradus qui in Levitico exprimuntur posse impedire matrimonium contrahendum et contractum dirimere, nec posse Ecclesiam in nonnullis eorum dispensare, aut constituere ut plures impediunt aut dirimant, anathema sit. » (xxiv^e session, can. 3).

l'autorité séculière (1) ; ce droit appartient successivement aux évêques agissant comme juges, puis aux papes et aux conciles agissant comme puissance exécutive et législative (2).

Tous les empêchements dirimants étaient-ils susceptibles de dispenses ? Ici nous retrouvons, posé par les canonistes eux-mêmes, un principe que nous avons déjà indiqué dans la partie de notre étude ayant trait à la législation romaine. D'après ce principe, les empêchements qui relèvent du droit naturel (les canonistes disent : du droit divin, *lex divina*) ne sont pas susceptibles de dispenses ; au contraire, ceux qui n'appartiennent qu'au droit positif, *jus humanum*, sont susceptibles de dispenses. Il est en effet loisible à l'autorité qui a édicté une prohibition d'y admettre des exceptions, soit d'une manière générale et pour un long espace de temps par voie d'abrogation, soit d'une manière spéciale par voie de dispenses.

L'empêchement d'affinité fut considéré, dans les premiers siècles de l'Église comme étant de droit naturel ou divin en ligne directe et même en ligne collatérale, au moins jusqu'au degré de beau-frère. D'une manière générale d'ailleurs, on peut dire qu'à cette époque-là les dispenses étaient vues d'un mauvais œil, même à des degrés plus éloignés : au milieu du VIII^e siècle, un Français s'étant vanté d'avoir obtenu du pape Grégoire III une dispense

(1) V. *infra*, Droit coutumier et législation des ordonnances royales, chapitre premier, I.

(2) Il est juste d'ajouter que le plus souvent les papes et les conciles déléguaient en ce cas leurs pouvoirs aux évêques. — Nous ne suivrons pas d'ailleurs dans ses détails l'évolution de la théorie des dispenses en droit canonique ; v. l'étude si approfondie qu'en a faite M. Esmein, *op. citat.*, vol. 2, p. 315 et s.

pour épouser la veuve de son oncle, le pape Zacharie, successeur de Grégoire, répondit à l'évêque Boniface qui le consultait à ce sujet que jamais pareille dispense n'avait été donnée (1).

Il était difficile cependant de soutenir que l'empêchement relevait du droit naturel au degré de beau-frère : les Écritures, où l'on puisait le droit divin, rapportaient, en effet, les mariages de Jacob avec Lia, puis avec Rachel, sa belle-sœur ; dans un cas particulier, celui du lévirat, les Écritures prescrivaient même une union de ce genre (2). Les dispenses dans ce cas devenaient donc possibles, et l'on interpréta dans ce sens une décrétale d'Urbain III, adressée aux Livoniens nouvellement convertis, et permettant à ceux d'entre eux qui avaient épousé leurs belles-sœurs de rester unis après leur conversion (3). En fait,

(1) Voici comment l'évêque Boniface racontait les faits : « *Laicus quidam magnæ personæ ad nos veniens dicebat ipsi ab apostolicæ sedis pontifice sanctæ memoriæ Gregorio datam fuisse licentiam, ut in matrimonium acciperet viduam avunculi sui, quæ et ipsa fuit uxor consobrini sui, et ipsa, illo vivente, discessit ab eo, et isti viro qui nunc accipere desiderans affirmat sibi licentiam datam, intertio geniculo proprinqua esse dignoscitur, et votum vovit Deo castitatis, et velata fuit et iterum abjecto velamine maritalata...* » Zacharie répondit : « *Absit ut prædecessor noster hoc ita credatur præcepisse ; nec enim ab hac apostolica sede illa diriguntur, quæ contraria patrum sive canonum institutis reperiuntur.* » (Labbeus et Cossart., *Concilia*, t. vi, p. 1496 et s.).

(2) V. *supra*, *Législations anciennes*, §§ 2 et 3.

(3) « *Propter infirmitatem gentis ejusdem concedimus ut matrimoniis contractis cum relictis fratrum utantur : si tamen, fratribus decedentibus sine prole, ut semen defuncti juxta legem mosaïcâ suscitant, cum talibus contraxerunt.* » (C. 9, 10, *De divort.*, iv, 9). Il était difficile de voir là une dispense ; car, si l'empêchement était susceptible de dispense, c'est qu'il n'était pas de droit divin ; mais alors le mariage valablement contracté *in infidelitate* restait valable après la conversion. On en tira cependant là théorie des dispenses (Esmein, vol. 2, p. 348, note 6).

lorsqu'il s'agissait d'affinité légitime, on n'accordait jamais de dispenses au premier degré en ligne directe ; en ligne collatérale au contraire, elles étaient toujours possibles, même au premier degré (1).

L'empêchement provenant de l'*affinitas ex copula illicita* n'était jamais considéré comme étant de droit naturel, même en ligne directe. Théoriquement donc, on pouvait toujours en être dispensé ; en fait on ne l'était que pour des motifs graves (2).

Quant à l'empêchement d'honnêteté publique, certains auteurs ne le jugeaient pas susceptible de dispense, prétendant que nulle autorité ne pouvait déclarer honnête ce qui ne l'était pas ; à peine consentaient-ils à admettre une exception pour l'empêchement qui ne résultait que de simples fiançailles, exception qu'ils justifiaient par des raisons historiques (3). Mais cette doctrine ne fut pas suivie, et l'on décida que l'empêchement d'honnêteté publique, n'appartenant qu'au *jus humanum*, pouvait être levé par des dispenses.

Le mariage conclu avec dispenses légitimait les enfants antérieurement nés du commerce des époux. La légitimation était en effet subordonnée à cette condition que les parents eussent été capables de contracter mariage lors de leurs relations charnelles, même moyennant une dispense facile à obtenir. D'Héricourt cite une application de cette règle dans le cas d'un mariage entre deux alliés au degré de cousin germain : par un arrêt de la Grand'-Chambre du Parlement de Paris, du 4 juin 1725, fut jugé

(1) V. des exemples, *infra*, même chapitre, II.

(2) Sanchez, *De sacrament. matrimon.*, liv. VII, disp. 66, n° 3.

(3) Ce raisonnement est reproduit dans : Polhier, *Traité du contrat de mariage*, part. III, ch. 4, art. 2, n° 272.

légitime Louis Beau, médecin de Sens, né d'Edme Beau de Champronat et de Madeleine l'Hermite, cousine germaine de la première femme d'Edme Beau, plus de six mois avant le mariage de ses auteurs contracté en vertu d'une dispense (1).

Les dispenses pouvaient d'ailleurs être accordées même après la célébration du mariage, qu'il s'agissait alors de valider ; généralement même on les concédait plus facilement dans ce cas, sauf à examiner la question de la bonne foi des époux au moment où ils avaient contracté mariage (2).

II. — LES DISPENSES D'AFFINITÉ DANS L'HISTOIRE.

Vers la fin du xvii^e siècle, Foi Vaillant, médecin et fameux antiquaire, après avoir perdu sa première femme, Antoinette Adrian, qui lui laissait plusieurs enfants, épousa en secondes noces Louise Adrian, sa belle-sœur, en vertu d'une dispense accordée par le pape Alexandre VII et confirmée par des Lettres Patentes du roi Louis XIV. Des parents collatéraux de Louise Adrian ayant in-

(1) D'Héricourt, *Les lois ecclésiastiques de France*, 2^e partie, p. 69.

(2) Pour les questions de détails et de formes des dispenses, v. les ouvrages spéciaux. — Disons cependant quelques mots sur les causes à invoquer pour obtenir des dispenses. Elles sont de deux sortes : cause infamante (commerce charnel) ; causes dites non infamantes (localité du domicile des parties peu étendue ; fille possédant une dot modique, difficile à marier ; veuve chargée d'enfants dont un parent du mari défunt aurait sans doute plus de soin ; fille ayant passé l'âge de 24 ans sans être mariée ; mariage devant terminer des procès, conserver les biens dans la famille, réconcilier entre eux des parents ou des alliés). Les dispenses dites sans causes (causes connues des parties qui veulent les tenir secrètes) ne sont obtenues que moyennant des sommes considérables.

terjeté appel comme d'abus de la célébration de ce mariage, le Parlement de Paris jugea le 22 janvier 1683 qu'il n'y avait pas eu abus et ordonna l'enregistrement des Lettres Patentes. Foi Vaillant avait donné d'excellentes raisons de sa dispense et rapporté plusieurs exemples de dispenses semblables obtenues avant lui.

Dès le ^{xv}^e siècle en effet, on voit concéder des dispenses pour affinité. Eugène IV, qui occupa le siège pontifical de 1431 à 1447, donna une dispense à Louis, comte de Montpensier, pour épouser Gabrielle de la Tour, fille du comte de Boulogne : il avait eu comme première femme la nièce de ce comte, mais elle ne lui avait pas donné d'enfants. En 1497, Manoel (Emmanuel), roi de Portugal, épousa en premières noces Isabelle, fille de Ferdinand le Catholique, roi d'Aragon, et d'Isabelle, reine de Castille ; devenu veuf un an après, il épousa en l'an 1500 avec dispenses sa belle-sœur Marie, dont il eut dix enfants qui furent toujours considérés comme légitimes, entre autres Jean III, qui fut son successeur, et Isabelle, épouse de Charles-Quint.

Quelques années plus tard (1509), était célébré, en vertu d'une dispense de Jules II, le mariage du roi d'Angleterre Henri VIII avec sa belle-sœur Catherine d'Aragon : nous aurons à revenir sur cet événement et sur ses conséquences. Vers le milieu du même siècle, Jean-Frédéric Arrera, comte de Fuentes, obtint dispense du pape Jules III pour épouser la tante de sa première femme, avec déclaration expresse que ses enfants seraient légitimes.

Le 15 février 1600, Diane de Châteaumorand, qui avait eu pour premier mari Anne d'Urfé, bailli de Forez, épousa avec dispense son beau-frère, le romancier Honoré d'Urfé,

qui devait la rendre célèbre sous le nom de la fière et belle Astrée.

Enfin, en l'an 1648, une princesse française, Marie-Louise de Gonzague, veuve de Vladislav-Sigismond, roi de Pologne, épousa le frère et successeur de celui-ci, Jean-Casimir (1).

*
* *

Une des causes matrimoniales les plus célèbres dans l'histoire des dispenses, tant au point de vue de ses conséquences politiques et religieuses, que des discussions de principes dont elle fut l'occasion, est celle du mariage d'Henri VIII, roi d'Angleterre (2).

En 1509, Henri VIII épousa sa belle-sœur Catherine d'Aragon, veuve de son frère Arthur : Catherine avait solennellement affirmé que son premier mariage n'avait pas été consommé, affirmation qu'elle appuya plus tard de son serment et du certificat de quelques matrones (3) ;

(1) Foi Vaillant avait encore cité les dispenses accordées au maréchal de Créquy ; au marquis de Longueval ; au sieur de Retour, capitaine de cavalerie ; au sieur de la Chenest, gentilhomme de M. d'Armagnac. — D'Héricourt, qui les rapporte, ajoute : « Le baron de Carondelet, gentilhomme flamand, en obtint il y a vingt à trente ans pour épouser la propre sœur de sa femme, quoiqu'il eût de celle-ci un enfant. Mais ces dispenses coûtent très cher à Rome. Celle du baron de Carondelet lui coûta plus de 20.000 livres. » (D'Héricourt, *op. citat.*, part. 2, p. 102, note 1.) — Le connétable de Montmorency obtint pour épouser la tante de sa première femme une dispense qui lui coûta 10.000 écus.

(2) Consulter : Lingard, *Histoire d'Angleterre*, trad. du baron de Ronjoux, Paris, 1834, tome vi, *passim*. — X., *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles*, Paris, an ix, vol. 2, pp. 187 et s. — Dans ce rapide exposé de la question du mariage d'Henri VIII, nous nous attacherons surtout aux détails qui se rapportent à l'objet de notre étude, à l'affinité.

(3) D'après l'historien Lingard, Henri aurait avoué la vérité de cette

ce second mariage était d'ailleurs contracté en vertu d'une dispense du pape Jules II.

Le mariage de Catherine et d'Henri pouvait donc être considéré comme valide et les doutes sur ce point semblent bien n'être venus à Henri VIII qu'une quinzaine d'années plus tard, lorsque sa passion pour Anne Boleyn lui fit désirer la rupture de son mariage. S'autorisant alors de ce que l'évêque de Tarbes avait partagé ses scrupules, il se hasarda à demander l'avis des plus savants casuistes et théologiens d'Angleterre : les uns se prononcèrent conformément aux désirs du roi, en prétendant que, d'après le Lévitique, aucune dispense ne pouvait permettre d'épouser la veuve de son frère (1) ; d'autres, sur la foi du Deutéronome, soutinrent qu'il y avait exception à cette règle au cas où, comme en l'espèce, la première union avait été stérile, et conclurent à la validité du mariage.

Henri VIII ne se découragea pas et entreprit immédiatement des démarches auprès du pape Clément VII. A la

assertion à son neveu l'empereur, ainsi que l'observe le cardinal Pole dans une lettre au roi, intitulée : *Pro unitatis ecclesiasticæ defensione*. Pierre Martyr, dans une lettre datée du 6 mai 1509, avant le mariage, constate que cette opinion était accréditée en Espagne. — Catherine fut donc mariée avec les cérémonies usitées aux noces des vierges : elle était vêtue de blanc, les cheveux épars (Lingard, *op. citat.*, vol. VI, p. 5, texte et note 1).

(1) Ils avaient certainement deviné le véritable désir du souverain, à travers les deux prétextes qu'il invoquait : le scrupule d'une conscience timorée et le danger d'une succession disputée (il ne restait plus en effet à Henri qu'une fille, la princesse Marie). — D'ailleurs ils plaidèrent aussi la nullité de la dispense accordée par Jules II, pour les trois motifs suivants : 1^o parce que la bulle qui la contenait n'était pas suffisamment explicite ; 2^o parce qu'on l'avait obtenue sous de faux prétextes ; 3^o parce qu'elle avait été sollicitée sans le consentement d'Henri VIII, le principal intéressé.

fin de la même année (1527), il réussit à obtenir de lui la signature de deux actes : l'un donnant au cardinal anglais Wolsey les pouvoirs nécessaires pour juger la question du divorce ; l'autre accordant à Henri dispense pour épouser, après divorce, toute autre femme, fût-elle même déjà fiancée à un autre ou alliée du roi au premier degré.

Cette dispense avait été jugée nécessaire pour permettre le mariage que projetait Henri avec Anne Boleyn et en assurer la légitimité en dépit des deux empêchements suivants. En premier lieu, Anne Boleyn avait été fiancée à Percy, fils du comte de Northumberland, qui n'avait renoncé à cette union que sur les ordres du roi. Aussi la dispense permettait-elle le mariage d'Henri avec toute femme, « *etiamsi talis sit, quæ prius cum alio contraxerit, dummodo illud carnali copula non fuerit consummatum.* » En second lieu, Marie Boleyn, sœur d'Anne, avait été la maîtresse d'Henri VIII : il en résultait entre Anne Boleyn et Henri une affinité illégitime au premier degré, formant obstacle au mariage. Cet autre empêchement était prévu dans la dispense et éliminé par la clause suivante, curieuse à plus d'un point de vue : « *Etiamsi illa tibi alias secundo aut remotiore consanguinitatis aut PRIMO AFFINITATIS gradu, etiam e quocumque licito seu ILLICITO coitu proveniente, invicem conjuncta sit, DUMMODO RELICTA FRATRIS TUI NON FUERIT* (1). »

(1) Sans cette dispense, on aurait pu objecter à Henri que, si, comme il le prétendait, il n'avait pu valablement épouser Catherine sous prétexte qu'elle avait été charnellement connue par son frère Arthur, il ne pouvait non plus épouser Anne, puisqu'il avait charnellement connu sa sœur Marie. « Le roi, dit Lingard, se trouvait alors placé dans une bien singulière situation, forcé de reconnaître dans le pontife un pouvoir qu'en même temps il lui refusait, et de solliciter une dispense de

L'année suivante (1528) se passa encore en pourparlers et en difficultés entre le roi d'Angleterre et le pape ; celui-ci consentit enfin à soumettre la question de validité du mariage de Catherine et d'Henri à une Cour de légats qui se réunit à Londres en 1529, mais ne put aboutir à aucun résultat par suite des lenteurs calculées du légat Campeggio, chargé de diriger l'affaire (1).

Entre temps, le cardinal Wolsey, et après lui Thomas More, agissant l'un et l'autre à l'instigation d'Henri VIII, recherchaient en Europe les opinions des canonistes et des théologiens, dans le but d'influer sur les décisions du pape et des légats. Cette enquête fut faite d'une façon extrêmement déloyale : on tâchait de circonvenir les opinants, de les acheter au besoin ; et, si leur avis était contraire aux vues d'Henri, on le taisait discrètement : « Henri VIII, dit Voltaire, payait partout les avis des docteurs qui se déclaraient pour lui... Cet acheteur de décisions théologiques s'excusait en protestant qu'il n'avait jamais marchandé et que jamais il n'avait donné l'argent qu'après la signature (2). »

En Italie, les avis furent assez partagés sur la question : on fit surtout miroiter les avis vrais ou supposés des universités de Bologne, de Padoue et de Ferrare, en faveur

la même nature que celle dont il maintenait l'illégalité. » (Lingard, *op. citat.*, vol. VI, p. 191, note 1). Lingard va peut-être un peu loin : il n'y avait pas identité absolue entre les deux cas, puisque dans le premier il s'agissait d'affinité légitime et dans le second d'affinité illégitime ; or, déjà à cette époque, les dispenses d'affinité illégitime étaient plus faciles à obtenir que celles d'affinité légitime.

(1) Henri avait semblé se rapprocher de Catherine, lors de l'épidémie de transpiration ou *suetie* (v. Lingard, *loc. citat.*, p. 206 et 207) ; mais il revint bientôt à ses projets.

(2) Voltaire, *Essai sur les mœurs*, ch. 135.

de la nullité du mariage. En Allemagne, tous les avis furent en sens opposé, y compris ceux des théologiens de l'Église réformée, de Luther en particulier. Henri comptait beaucoup sur la France, où l'évêque de Bayonne travaillait, dit-on, à lui gagner des théologiens. Des avis favorables lui parvinrent d'Orléans, de Toulouse, des théologiens de Bourges et des *jurisconsultes* d'Angers ; mais les *théologiens* de cette dernière ville se prononcèrent en sens opposé. On tenait surtout à l'opinion de l'université de Paris ; mais elle était contraire aux prétentions du roi, et l'on ne put y obtenir la majorité que subrepticement, un jour de réunion incomplète (1).

Clément VII n'eut pas de peine à découvrir tous ces artifices et à se mettre en garde contre des avis recueillis dans de pareilles conditions (2). De son côté, Henri se fût

(1) « Les agents de Henri VIII allèrent jusqu'à se munir des suffrages des rabbins : ceux-ci avouèrent qu'à la vérité le Deutéronome ordonnait qu'on épousât la veuve de son frère ; mais ils dirent que cette loi n'était que pour la Palestine et que le Lévitique devait être observé en Angleterre. (Voltaire, *op. et loc. citat.*).

(2) Voici ce que pensent de la conduite de Clément VII en cette affaire deux auteurs dont il peut être curieux de rapprocher les jugements, Voltaire et Bossuet : « Le pape pressé entre l'empereur [Charles-Quint] et ces deux rois [ceux de France et d'Angleterre] et qui écrivait qu'il était entre l'enclume et le marteau, négocia, temporisa, promit, se rétracta, espéra que l'amour de Henri VIII durerait moins qu'une négociation italienne, il se trompa. » (Voltaire, *op. et loc. citat.*). — « Refusé par Clément VII, il [Henri VIII] ne songea plus qu'à se venger de la puissance pontificale, et sa haine fut la règle de sa foi. Je pourrais éviter d'examiner si la dispense était bien donnée. Mais il paraissait que la défense du Lévitique ne portait point le caractère d'une loi indispensable. Qu'il y ait pu avoir sur cette matière quelque diversité de sentiments, c'est assez qu'il ne fût pas évident que la dispense fût contraire aux lois divines ; la décision de Clément VII sera un témoignage aux siècles futurs que l'Eglise ne sait point flatter les passions des princes. » (Bossuet, *Histoire des Variations*, liv. vii, § 50 et s.).

peut-être lassé, si, au début de l'année 1533, Anne Boleyn ne s'était trouvé en état de lui promettre un héritier. Cet événement précipita les choses : le 25 janvier, le roi épousait secrètement sa concubine ; dans le courant de la même année, aidé de Cromwell et de Cranmer, il procédait à l'annulation de son mariage avec Catherine, annulation qui devait avoir pour conséquence la rupture de l'Angleterre avec le catholicisme et la fondation de la religion anglicane.

Au cours de cette cause fameuse on avait invoqué de part et d'autre des arguments qui pour la plupart nous sont déjà connus et qu'il suffira de rappeler brièvement.

Les partisans du roi alléguaient, pour prouver l'impossibilité d'un mariage entre beau-frère et belle-sœur, même avec dispenses : que cette prohibition du Lévitique était une loi d'ordre naturel ; qu'elle n'avait été modifiée ni par le Christ ni par ses apôtres ; qu'elle avait été maintenue par les premiers chrétiens (Tertullien, Origène, saint Basile, saint Jérôme, saint Chrysostôme, saint Augustin, etc.) et par les conciles, notamment ceux de Néocésarée et de Rome (721) ; enfin, que le pape saint Grégoire avait donné des instructions en ce sens au moine Augustin qu'il avait envoyé en Angleterre (1).

(1) Tels étaient, *en droit*, les arguments de Henri VIII. *En fait*, il cherchait à prouver deux choses : que la dispense avait été nécessaire et que la dispense n'était pas valable. — Que la dispense était nécessaire, c'est-à-dire que le mariage avec Arthur avait été consommé, sinon il y avait empêchement, non plus d'affinité, mais d'honnêteté publique. D'après Lingard, la preuve qui fut faite se borna à ceci : que le prince avait quinze ans, qu'il avait couché deux ou trois nuits dans le même lit que la princesse et qu'en deux occasions il avait fait des allusions grossières à cette circonstance. Catherine opposa des dénégations formelles. (V. *supra*. p. 154, note 3). — Que la dispense n'était

Les partisans de la reine soutenaient au contraire : que la prohibition du Lévitique n'était pas une loi naturelle, mais une loi positive ; qu'elle n'avait aucune autorité avant Moïse (exemples de Jacob et de Thamar) et que Moïse même y avait apporté une exception en ordonnant, dans le Deutéronome, au lévite d'épouser sa belle-sœur ; que cette exception, reconnue par Jésus-Christ, avait été admise par les Pères de l'Église ; enfin, que le Lévitique contient de nombreuses prohibitions de mariage qui ne relèvent pas du droit naturel (1).

En droit (et c'est le seul point de vue qui nous intéresse), les partisans de la reine semblaient bien avoir raison. La prohibition de mariage entre alliés au degré de beau-frère était formelle, mais, au début du xvi^e siècle, on admettait déjà qu'elle était susceptible de dispenses. Quelques années avant Henri VIII, Isabelle, reine de Portugal, en avait obtenu pour épouser son beau-frère ; et le principe même de la concession de semblables dispenses n'eût sans doute jamais été discuté s'il ne s'était agi de satisfaire le caprice et les intérêts d'un puissant monarque.

pas valable parce qu'elle avait été obtenue sous de faux motifs, par exemple dans le but de donner par le mariage une plus grande extension à l'amitié existant entre les couronnes d'Espagne et d'Angleterre. Or, disait Henri, il n'y avait à cette époque aucune inimitié à craindre entre les deux couronnes. (L'existence même de cette clause n'est pas bien certaine).

(1) Que de choses prohibées par les lois du Lévitique à propos du mariage et qu'il n'est pas possible de défendre actuellement ! (V. Voltaire, *Essai sur les mœurs*, ch. 135).

CHAPITRE SEPTIÈME

Sanction des empêchements d'affinité et d'honnêteté publique.

Malgré l'équitable pratique des dispenses, corrigeant ce que les empêchements d'affinité et d'honnêteté publique avaient parfois d'excessif, les contraventions à ces empêchements durent être fréquentes, et commises peut-être avec la meilleure foi du monde : ne peut-il pas arriver qu'on ignore une affinité un peu éloignée, à plus forte raison une affinité du second ou du troisième genre ? Logiquement une pareille infraction devait entraîner la nullité du mariage : on verra comment le droit canonique parvint à adoucir la rigueur de cette solution.

On étudiera successivement les formes de la demande en nullité, les conséquences de l'annulation du mariage, enfin les exceptions apportées au principe de la nullité, en particulier le mariage putatif.

I. — DEMANDE EN NULLITÉ (1).

L'action en nullité d'un mariage pour empêchement d'affinité ou d'honnêteté publique était ouverte en principe

(1) Nous ne consacrerons pas à cette question une étude approfondie qui ne rentrerait d'ailleurs que très indirectement dans notre sujet. Voir les ouvrages cités plus haut. — Le mariage nul pouvait être conjuré par un remède préventif, l'opposition, qui se rattache à la formalité de la publication des bans. Sur la publication des bans, v. spécialement le *synodus Baiocensis* (a. 1300), cap. 70. — Sur l'opposition, v. Esmein, *Mariage en dr. canonique*, vol. 1, pp. 421 et s. et les *Conférences ecclésiastiques de Paris*, t. 1, pp. 270 et s.

à tout le monde sauf à ceux qui, ayant eu connaissance de l'empêchement lors de la publication des bans, ne l'avaient pas dénoncé ; sauf aussi à ceux qui n'intentaient l'action que pour réaliser un bénéfice pécuniaire (1). Elle était accessible aux deux époux. Il semble qu'on aurait dû la refuser tout au moins à celui des deux qui avait trompé l'autre en lui cachant l'empêchement d'alliance qui s'opposait au mariage : *nemo audiri debet, propriam allegans turpitudinem*. On la lui accordait cependant, parce qu'au-dessus de son intérêt particulier, il y avait en cause un intérêt général, une question de morale publique qui s'opposait au maintien du mariage.

En raison de la juridiction spéciale que les princes avaient reconnue à l'Eglise en matière de mariage, la cause était portée devant l'Official, qui devait statuer uniquement sur la validité de l'union et nullement par exemple sur une demande de dommages-intérêts formée par l'une des parties contre l'autre. En dehors de la justice ecclésiastique, la question pouvait être portée devant le juge séculier par la voie de l'appel comme d'abus dont il sera question plus loin (2).

La demande en nullité présentait plusieurs particularités. Ainsi on n'exigeait du demandeur ni l'*inscriptio in crimen* ni le serment de calomnie. De même on admettait, contrairement à la règle générale, que la même personne pût être à la fois demandeur (*accusator*) et témoin : ne pas reconnaître cette exception pour les demandes en nullité fondées sur la parenté, l'affinité ou l'honnêteté publique,

(1) Dans certains cas cependant, ces derniers avaient à leur disposition la voie de l'appel comme d'abus. Sur ce point, v. *infra*, *Droit coutumier et législation des ordonnances royales*, chapitre premier, 1.

(2) V. *infra*, *ibidem*.

c'eût été se priver des meilleurs, parfois même des seuls témoins capables d'éclairer la justice (1). Enfin la demande pouvait être faite oralement ou par écrit ; cependant, en cas d'affinité, le demandeur dressait ordinairement un *libellus* contenant en détail la généalogie et les alliances des parties : « *Solet autem accusatio matrimonii et in scriptis et sine scriptis admitti. Sed in consanguinitate vel affinitate solet dari quidam alius libellus, in quo per gradus computetur, et iste libellus alii parti ostenditur, ut sciat quid probare velit* (2). »

L'action en nullité était imprescriptible : Innocent III, dans le concile de Latran, en avait ainsi décidé spécialement au sujet des empêchements de parenté et d'affinité (3).

En ce qui concerne la preuve, on ne se contentait pas

(1) « *Illud in summa notandum quod in consanguinitate vel affinitate idem potest esse accusator et testis, quia idem reperis utriusque juramentum, ut c. iii, v, vi, vii, C. xxxv, qu. 6.* » (Bernard de Pavie, *Summa*, p. 186).

(2) Bernard de Pavie, *Summa*, p. 184.

(3) Innocent III se fondait sur le caractère particulièrement infâme des mariages incestueux et sur la nécessité d'observer désormais scrupuleusement les prohibitions de mariage pour parenté et alliance qu'on restreignait au même-moment. — La doctrine était arrivée au même résultat par un raisonnement juridique : pour elle le mariage contracté au mépris d'un empêchement était radicalement nul et ne pouvait être ratifié par aucun laps de temps. — Signalons une autre particularité de la procédure des nullités de mariage. Pour éviter un accord frauduleux entre deux époux désireux de se séparer et invoquant un faux cas de nullité, Hostiensis avait déjà proposé au xiii^e siècle d'inviter les parents et alliés à venir défendre le mariage, ou de nommer *defensor* au besoin un étranger. L'idée du *defensor matrimonii* fut reprise au xviii^e siècle par Benoît XIV : le *defensor* assistait à tous les actes de la procédure, présentait des arguments en faveur du mariage, dans certains cas pouvait faire appel (v. Esmein, *op. citat.*, vol. 1, p. 421, et vol. 2, p. 292 et s.).

de l'aveu de la partie attaquée : cette règle était nécessaire pour qu'on n'en vint pas à se jouer du mariage et à obtenir de véritables divorces en simulant des liens d'affinité. On exigeait donc autant que possible la preuve littérale, faite par les registres de baptêmes et de mariages ; si ces registres étaient perdus, on y suppléait par la preuve testimoniale (1). L'affinité illégitime, par sa nature même, offrait au point de vue de la preuve des difficultés et des dangers particuliers : il ne suffisait pour l'établir, ni de la déclaration de l'époux, même appuyée d'offres de serment, ni de la rumeur publique. C'est ce qu'avait décidé le pape Célestin III pour le cas d'un homme prétendant qu'il avait contracté une affinité illégitime avec sa femme par des relations entretenues avec la sœur de celle-ci avant le mariage (2).

Le juge d'Eglise, on l'a vu, ne devait prononcer que sur la validité ou la nullité du mariage. Il ne pouvait pas ajouter par exemple que sa sentence serait exécutée notwithstanding appel, ou que les parties dont le mariage était annulé devraient postuler des dispenses pour valider leur union (3). Il convient de noter ici une règle particulière au jugement prononcé en matière de nullité de mariage : ce jugement n'acquerrait jamais l'autorité de la chose jugée ; sur nouvelles preuves contraires, une sentence qui annulait un mariage pouvait être « rétractée » et les anciens époux devaient reprendre la vie commune (4).

(1) V. Lesmaris, *Etude sur la publicité de l'état des personnes*, thèse, Paris, 1899.

(2) Ch. 5, *De eo qui cogn. consang.*, iv, 13.

(3) C'est ce qui résulte de plusieurs arrêts de parlements. V. Pothier. *Traité du contrat de mariage*, partie vi, ch. 1, art. 3, nos 459 et 460.

(4) Ch. 7, *De sent. et re judic.*, ii, 27 ; arrêt du 30 décembre 1700

II. — CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ DU MARIAGE.

Lorsque le mariage était reconnu contracté au mépris d'un empêchement d'affinité ou d'honnêteté publique, on le déclarait nul. Tous les effets en étaient rétroactivement anéantis, à compter du jour de la célébration, tant au point de vue de la personne des époux que de leurs biens. On considérait cette union, non plus comme un mariage, mais comme un commerce incestueux, passible comme tel de peines spéciales au moins dans les degrés les plus proches, en tout cas comme un commerce illicite. A ce titre le mariage annulé établissait entre l'un des anciens époux et les parents de l'autre, non pas une affinité légitime mais une *affinitas ex copula illicita*, et la distinction depuis le concile de Trente avait son importance. Même non consommé, ce mariage produisait encore l'empêchement d'honnêteté publique : on sait en effet que le droit canonique faisait résulter cet empêchement de tout mariage non consommé, même nul pour une raison autre que le défaut d'âge ou de consentement.

Les enfants nés avant le mariage ainsi annulé se voyaient retirer le bénéfice de la légitimation que leur avait conféré ce mariage : ils étaient regardés comme incestueux, ainsi que les enfants nés durant le mariage. Moins impitoyable que le droit romain qui leur refusait tout, le droit canonique accordait aux enfants incestueux une créance alimentaire contre leurs parents : « *Quinimo natis ex coitu*

(Journal des Audiences, tome 5). — V. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, partie VI, ch. 1 *in fine* ; Esmein, *op. citat.*, vol. 1, p. 416 et s. — D'après certains auteurs cette règle n'aurait pas été reçue en France : Duperray, *Traité des dispenses de mariage*, p. 320 ; *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, t. 3, p. 179.

reprobato jura civilia denegant alimenta ut in auth. Ex complexu, C. de incest. nupt. Sed de jure canonico alimenta præstantur propter æquitatem naturalem. Numquid autem aliquid possit relinqui istis filiis? Dic quod sic propter alimenta, item pro dote (1) ».

III. — EXCEPTIONS.

Malgré son horreur pour l'inceste qui lui avait fait inspirer à Justinien les dispositions rigoureuses que nous connaissons (2), le christianisme semble avoir cependant pris en pitié les malheureux enfants nés des rapprochements incestueux. On vient de voir qu'il leur accorda des aliments ; il fit plus, il s'efforça de leur assurer la légitimité par les deux dispositions suivantes qui n'avaient pas été édictées spécialement pour eux, mais dont ils bénéficièrent néanmoins.

Quand la nullité du mariage avait été prononcée, on pouvait obtenir du pape une sorte de dispense, qui au début fut uniquement destinée à légitimer les enfants : on l'appelait alors *dispensatio in radice matrimonii*. Plus tard cette dispense servit aussi et surtout à valider le mariage lui-même au regard des époux, sous le nom de *sanatio in radice*. Mais ce procédé avait l'inconvénient de ne pas opérer de plein droit, il fallait faire une demande de dispense, c'est-à-dire remplir des formalités longues, onéreuses et incertaines. Il avait surtout l'inconvénient d'être applicable uniquement aux cas d'empêchements de pur droit positif, les seuls susceptibles de dispense : en ce qui concerne l'affinité par exemple, un mariage nul pour

(1) Panormitanus, sur c. vi, x, *Qui filii*, n° 12.

(2) V. *supra*, *Législation romaine*, chapitre troisième, iv, 92.

empêchement d'affinité légitime en ligne directe ne pouvait pas être validé par la *sanatio in radice* (1).

La théorie du mariage putatif comblait heureusement cette lacune (2). Le droit romain présentait déjà quelques exemples de décisions isolées qui validaient des mariages nuls contractés par des époux de bonne foi (3). Le droit canonique eut le mérite de généraliser ce système, en décidant que tout mariage nul, mais contracté par des époux ignorant l'empêchement qui s'opposait à leur union, produirait néanmoins tous ses effets civils par rapport aux enfants et par rapport aux époux : on n'exigeait qu'une chose, c'est que le mariage n'eût pas été clandestin (4). C'était justice : car, avec les prohibitions étendues qu'on admettait alors en matière de parenté et d'alliance, bien des mariages nuls devaient être contractés avec la plus entière bonne foi. C'est d'ailleurs cette raison qui fit admettre la théorie du mariage putatif (5).

*
* *

De cette rapide étude de l'affinité en droit canonique

(1) Pour plus de détails consulter : Esmein, *Le mariage en droit canonique*.

(2) Nous n'exposerons pas ici dans tous ses détails la théorie canonique du mariage putatif qui exigerait à elle seule un traité spécial ; nous nous contentons de renvoyer sur ce point aux ouvrages généraux.

(3) V. *supra*, *Législation romaine*, chapitre troisième, iv, § 1.

(4) C. III, x, *De clandest. despons.*, iv, 3 ; c. xiv, x, *Qui filii sunt legit.*, iv, 22 ; Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, éd. Salmon, ch. xviii, n° 7. (t. I, p. 283).

(5) On essaya de la légitimer en disant que le mariage se formait par le seul consentement, et que dans ce cas il y avait bien eu consentement valable dans l'esprit des parties. Mais ce raisonnement n'intervinait qu'après coup : la véritable cause de l'admission du mariage putatif est bien dans les proportions exagérées qu'avaient atteintes les empêchements de parenté et d'affinité.

peuvent se dégager quelques idées générales. Moins exclusivement juridique peut-être que le droit romain qui ne rattachait la production de l'affinité qu'à la formalité du mariage, le droit canonique se rapprochait davantage de la véritable nature des choses en la faisant découler du commerce charnel. Il eut le tort de ne pas savoir s'arrêter dans la voie de la logique et d'édicter tout un système compliqué d'empêchements qui devait amener dans la pratique les plus grandes difficultés. De ce mal naquit un bien, car la trop grande extension de l'empêchement d'affinité rendit indispensable l'admission de ces deux correctifs, que le droit canonique a légués aux législations postérieures : les dispenses et le mariage putatif.

Droit coutumier et législation des ordonnances royales. ⁽¹⁾

Sous l'ancien régime, l'affinité ou alliance n'était réglementée par le droit canonique qu'au point de vue du mariage; et, même en cette matière, nous aurons à cons-

(1) Consulter : Pothier, *Traité du contrat de mariage*. — Launoy, *Regia in matrimonium potestas*, Paris, 1674. — Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique judiciaire*, Toulouse, 1679, 2 vol. — A. Loysel, *Institutes coutumières*, avec les notes d'Eusèbe de Laurière, éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846. — Poullain du Parc, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, Rennes, 1767-1771. — Beaune, *La condition des personnes (droit coutumier)*, Paris, 1882. — Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Paris, 1887-96, 7 vol.

Isambert, Decrusy, Taillandier et Jourdan, *Recueil des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, 1827. — Néron, *Recueil d'édits et ordonnances*, Paris, 1720, 2 vol. — Philippe Bornier, *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV*, Paris, 1744, 2 vol. — Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France*, Paris, 1780. — Eod. auctore, *Institutes au droit criminel, avec un traité particulier des crimes*, Paris, 1757. — Eod. auctore, *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du royaume*, Paris, 1762. — Fevret, *Traité de l'abus*, Lyon, 1689, 2 vol. — Serpillon, *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670*, Lyon, 1767, 2 vol. — Eod. auctore, *Code civil ou commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*, Paris, 1776. — Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Paris, 1757, 2 vol. — Eod. auctore, *Justice criminelle*, Paris, 1771, 4 vol. — Rodier, *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667, relatives aux usages des cours de Parlement et principalement de celui de Toulouse*, Toulouse, 1769.

tater l'intervention du pouvoir séculier. Les autres effets juridiques de l'alliance étaient régis par la coutume ou par les documents législatifs (édits, ordonnances ou déclarations) émanant directement du souverain.

Cette législation présentait une théorie de l'affinité un peu différente de celle qu'avait conçue le droit canonique, et copiée à dessein sur celle des lois romaines qui faisaient autorité auprès des civilistes de l'époque. Ainsi, comme en droit romain, l'affinité civile ne se formait que par le mariage : l'affinité naturelle, résultant d'un commerce illicite ou d'un mariage nul, n'avait d'autre effet que de créer un empêchement de mariage. De même, l'affinité civile cessait à la dissolution du mariage (1), tandis que l'affinité canonique était perpétuelle : *quo autem affinitas est, quodcumque accidit, perpetua*.

Logiquement il aurait fallu revenir, tant en matière de parenté qu'en matière d'affinité, au mode de supputation romaine. On voit cependant les ordonnances royales employer la supputation canonique (2), sans doute par crainte de créer des confusions, ce mode de calcul étant alors d'un usage courant en matière de mariage.

La notion civiliste de l'affinité semble d'ailleurs avoir

(1) V. notamment : Ordonnance civile d'avril 1667, tit. xxiv, art. 4 ; et *infra*, chapitre premier, II (tutelle).

(2) V. notamment, en matière de récusation, l'Ordonnance civile de 1667, titre xxiv, art. 1, d'après laquelle les enfants des cousins issus de germains sont au quatrième degré. — L'Ordonnance de 1669 (titre I, art. 3) est encore plus explicite : « Les degrés seront comptés entre collatéraux en ligne transversale, c'est à savoir les frères et sœurs, beaux-frères et belles-sœurs pour le premier degré, les cousins germains pour le second, et les issus de germains pour le troisième. » Or, d'après la supputation civile, les frères et sœurs sont au second degré, les cousins germains au quatrième, les issus de germains au sixième et leurs enfants au huitième.

été beaucoup moins précise que celles du droit romain et du droit canonique. Ce manque de précision laissa des traces dans la littérature du temps : pour certains auteurs, et non des moins instruits, l'alliance est quelque chose de très élastique (1).

(1) On lit par exemple dans les *Grands Jours d'Auvergne*, de Fléchier, sur l'affaire du comte Guillaume Beaufort-Montboissier de Canillac, marquis de Pont-du-Château, sénéchal de Clermont : « Lorsque le roi eut résolu d'arrêter les oppressions de cette province, et qu'il eut choisi M. de Novion pour présider à la chambre, ce suppliant [Jean Chardon, conseiller à la cour des aides de Clermont] présenta requête, remontra l'alliance du président avec sa partie [comte de Canillac], et ne cessa point de se plaindre jusqu'à ce que le roi lui eût promis qu'aucune alliance n'empêcherait qu'on ne lui rendit toute sorte de justice... Mais on jugea bien quand on vit M. de Novion président, qui est son allié, et M. de Vaurouy rapporteur, qui est l'amant de sa belle-sœur, que cela lui vaudrait des lettres de grâce et d'abolition de tous ses crimes... Cette douceur n'a pas laissé de décrier un peu les Grands Jours. » — Sur la même question voici les paroles que Fléchier prête à un notable de Clermont : « M. de Novion, qui tenait le premier rang dans cette compagnie, s'est acquitté de son emploi avec beaucoup de soin et d'attachement, négligeant même sa santé pour ne manquer point aux exercices de sa charge. On s'étonna d'abord que le roi l'eût choisi pour chef de cette commission, lui qui avait des intérêts à ménager dans ce pays-là et qui pouvait y trouver des gentilshommes et des gens d'affaires qui étaient entrés dans son alliance ; et l'on crut bien qu'il avait des droits secrets d'acceptation, et que la justice n'aurait pas un bandeau si fort qu'elle ne pût distinguer au travers ses parents et ses alliés... Que n'a-t-on pas dit de lui sur le sujet du comte de Canillac, son allié, un des plus coupables de la noblesse, qui est sorti de toutes ces méchantes affaires pour quelque temps de prison et une amende très légère ? Que pensez-vous de cette remontrance affectée qu'il lui fit lorsqu'il se présenta pour répondre à ses juges ? Fallait-il à votre avis qu'il employât son autorité pour faire décharger de la taille de la ville M. de Vinzelles, son allié ? » (Fléchier, *Mémoires sur les Grands Jours tenus à Clermont en 1665-1666*, éd. Gonod, Paris, 1844, p. 248-249 et 326-328).

D'après ces deux passages de Fléchier, on pourrait croire que M. de Novion, président des Grands Jours, était l'allié du comte de Canillac

On étudiera dans deux chapitres successifs les effets de l'alliance en droit civil et en procédure.

CHAPITRE PREMIER

Les effets de l'alliance en droit civil.

Tout en acceptant pour bases de la législation du mariage les règles posées à cet égard par le droit canonique, le pouvoir temporel ne se désintéressa pas néanmoins complètement de cette importante matière : il dut au contraire intervenir et légiférer à plusieurs reprises sur des questions matrimoniales, soit pour confirmer, soit pour modifier les décisions canoniques.

D'autres matières du droit civil n'étaient pas régies par la législation canonique, soit qu'elle les eût passées sous silence, soit qu'elle les eût traitées d'une manière incomplète, soit même que ses décisions eussent été rejetées par la coutume et le pouvoir séculier. Ainsi, en ce

et de M. de Vinzelles (Etienne Cisternes, seigneur de Vinzelles, président à la cour des aides). Or, il n'y avait entre eux aucune affinité, pas même au sens le plus large du mot, pas même au deuxième et au troisième genres tels que les avait connus le droit canonique avant le concile de Latran. Le comte de Canillac et le seigneur de Vinzelles avaient en effet épousé respectivement Michelle et Françoise Ribeyre, sœurs d'Antoine Ribeyre, gendre du président de Novion. Ils étaient donc les alliés d'Antoine Ribeyre, et, à la rigueur, de sa femme (2^e genre d'affinité), mais non du président de Novion, père de celle-ci. Néanmoins, s'il n'y avait pas affinité au sens juridique du mot, ces mariages avaient établi entre ces différentes familles un rapprochement qui a pu donner naissance à la suspicion dont Fléchier se fait ici l'écho.

qui concerne l'alliance, le rôle des alliés dans la tutelle était réglé par la coutume ; de même, les ordonnances royales tentèrent d'établir, sans doute à l'exemple du droit romain, une sorte de tribunal de famille où siégeaient certains alliés.

On devra donc examiner séparément d'une part l'empêchement de mariage résultant de l'affinité, d'autre part les autres effets de l'alliance en droit civil.

I. — L'ALLIANCE EMPÊCHEMENT DE MARIAGE.

On a vu précédemment comment le droit canonique avait réglé les prohibitions de mariage entre alliés. Les rois de France s'approprièrent ses décisions sur la matière et les transformèrent en lois applicables à tous leurs sujets sans distinction de religion ; mais, en agissant ainsi, ils n'entendaient pas abdiquer leurs droits de législateurs, et c'est en vertu de ces droits, émanant de leur souveraineté, qu'ils édictèrent au sujet des mariages certaines dispositions destinées à compléter ou à modifier celle des canons (1).

L'étendue de l'empêchement d'affinité fut toujours réglée conformément aux décisions des conciles, les princes se contentant de provoquer parfois ces décisions et d'indiquer les solutions qui leur paraissaient préférables (2). L'empêchement ainsi admis et confirmé par

(1) V. par exemple au sujet d'un autre empêchement de mariage : F. Bernard, *Etude historique, juridique et critique sur le consentement des ascendants au mariage*, thèse, Paris, 1899, p. 106 et suiv.

(2) Voici à ce sujet l'article 28 de l'instruction donnée par Charles IX à ses ambassadeurs et aux prélats qui devaient assister au concile de Trente : « Que l'on conserve les anciens et les nouveaux degrés de consanguinité, d'affinité et de cognation spirituelle ; qu'il ne soit pas

l'autorité royale cessait d'être une prohibition religieuse pour devenir une loi du royaume; dès lors il atteignait tous les sujets du roi, même ceux qui ne professaient pas la religion catholique. C'est ce que décida Charles IX en ce qui concernait les protestants : « Ne pourront ceux de ladite Religion [Religion Réformée] faire aucuns mariages en degré de consanguinité ou affinité prohibé par les loix reçûes en ce royaume (1). » Par suite de cette application du droit canonique, on admettait en France l'empêchement d'affinité résultant d'un commerce illicite, bien que l'affinité civile ne se formât que par le mariage. Mais la preuve de l'affinité illicite était difficilement reçue, tandis que l'affinité légitime pouvait s'établir même par la commune renommée (2).

La *concession des dispenses* fit aussi l'objet d'une réglementation royale. Logiquement, le Pape aurait dû accorder la dispense de la prohibition religieuse, et le roi celle de l'empêchement reconnu par les lois civiles, le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel étant à cet égard absolument indépendants l'un de l'autre. L'ancien régime ne devait pas connaître cette distinction pourtant rationnelle. En fait cependant, on arrivait presque au même résultat, au moins pour les mariages entre catholiques. Le Pape concédait la dispense, qui était ensuite soumise au contrôle du roi : celui-ci, s'il le jugeait bon, la confirmait par Lettres Patentes. Il y avait donc possibilité pour

permis à ceux qui en sont liés d'obtenir des dispenses, sinon aux Rois et aux Princes, à cause de l'intérêt public. »

(1) Edit d'août 1570 (Néron, *Recueil d'édits et ordonnances*, Paris, 1720, vol. II, p. 888).

(2) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Paris, 1887-96, vol. VII, p. 165.

l'autorité royale, en refusant les Lettres Patentes, de rendre inefficace une dispense qu'on jugeait contraire aux canons ou à l'intérêt public (1).

L'appel comme d'abus offrait contre la concession exagérée ou frauduleuse des dispenses, une nouvelle garantie, d'autant plus nécessaire, croyons-nous, que l'on négligeait souvent, peut-être à dessein, de demander la confirmation des dispenses par Lettres Patentes. « Toutes dispenses, dit Fevret, doivent être accordées à connaissance de cause, fondées sur quelque évidente utilité ou nécessité pressante, et pour des cas où les saints décrets et les conciles permettent de faire grâce ; autrement on les rejette en France comme abusives (2). » Les juges avaient en effet sur ce point des instructions formelles : « Défendons à tous juges de notre Royaume d'avoir aucun égard... aux dispenses octroyées contre les Saints Décrets et Conciles, à peine de privation de leurs Offices... et ne pourront les impétrants de telles dispenses s'en aider s'ils n'ont de nous congé et permission (3). » Ces derniers mots prouvent que le pouvoir royal entendait se réserver le droit de confirmer les dispenses, même abusives et contraires aux règles canoniques. Mais en pareil cas les Parlements, qui tout

(1) « Quand les institutions religieuses et les institutions civiles étaient unies, rien n'empêchait qu'on abandonnât à l'Eglise le droit d'accorder des dispenses, même pour le contrat : mais ce droit n'existait que parce qu'il était avoué ou toléré par la loi civile. La chose est si évidente, qu'elle résulte de tous les monuments de l'histoire. » (Portalès, *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage*, présenté le 16 ventôse an XI).

(2) Fevret, *Traité de l'abus*, liv. III, ch. I, § 11.

(3) Ordonnance d'Orléans, janvier 1560 (Isambert, vol. XIV). — Art. 42 des *Libertés de l'Eglise gallicane* : « Le Pape ne peut dispenser pour quelque cause que ce soit de ce qui est de droit divin et naturel, ni de ce que les Saints Canons ne lui permettent pas de faire. »

en rendant la justice au nom du roi ne se faisaient pas faute de contrecarrer ses désirs, auraient vraisemblablement sur un appel comme d'abus refusé d'enregistrer des Lettres Patentes confirmant la dispense abusive (1).

La procédure de l'abus était surtout usitée pour trancher les questions de *nullité* de mariage. Lorsqu'un mariage avait été contracté entre deux alliés au degré prohibé, la nullité pouvait en être poursuivie, avons-nous vu, devant la juridiction ecclésiastique ; nous avons même signalé cette particularité que le juge d'Eglise ne pouvait pas prononcer en matière de mariage que sa sentence serait exécutée nonobstant appel (2) : cet appel était précisément l'appel comme d'abus, dont la connaissance était réservée dans chaque Parlement à la Grand'Chambre. L'appel comme d'abus pouvait même être interjeté en premier ressort sans qu'il fût intervenu une première sentence, on disait alors qu'on interjetait appel de la célébration du mariage. Cette voie était ouverte aux époux eux-mêmes, à leurs parents et au ministère public ; elle était seule possible après la mort de l'un des époux, parce qu'alors, le mariage étant dissous, il ne pouvait plus être question du lien matrimonial et qu'en dehors du lien matrimonial le juge d'Eglise perdait toute compétence (3). Sur appel com-

(1) En effet, d'une part on sait que les Parlements refusèrent souvent d'enregistrer les décisions royales ; d'autre part, on a vu plus haut le Parlement de Paris juger non abusive la dispense d'affinité obtenue par Foi Vaillant et ordonner l'enregistrement des Lettres Patentes du roi Louis XIV confirmant cette dispense, ce qui semble bien impliquer que le Parlement n'aurait pas hésité à refuser l'enregistrement si la dispense lui avait paru abusive (v. *supra*, *Droit canonique*, chapitre sixième, n).

(2) V. *supra*, *Droit canonique*, chapitre septième, 1.

(3) Les parents de l'une ou de l'autre des parties ne pouvaient, suivant les

me d'abus, les Parlements suivant le cas déclaraient le mariage valide, ou nul ; ils pouvaient encore prendre une solution intermédiaire en ordonnant que les parties eussent à se pourvoir en vue d'obtenir des dispenses et de réhabiliter ainsi leur union (1).

La juridiction séculière était aussi compétente, à l'exclusion de la juridiction ecclésiastique, pour toutes les questions se rattachant accessoirement à la validité du mariage: exécution des conventions matrimoniales, dommages-intérêts réclamés par l'une des parties à l'autre, paiement du douaire à la veuve.

Le mariage entre deux alliés au degré prohibé constituait le crime d'*inceste*, au moins d'après l'opinion commune, car on trouve cité dans Muyart de Vouglans le sentiment d'un auteur pour lequel il ne peut y avoir inceste qu'entre parents, tout au plus entre alliés en ligne directe (2). Or, dans l'ancien droit français, l'inceste a de tout temps été frappé de peines spéciales.

Dès la période franque, l'Église ayant réussi à faire partager aux rois son horreur de l'inceste, les Capitulaires établirent contre ce crime des peines nombreuses et variées : excommunication, exil, confiscation des biens, interdiction de se remarier. On peut consulter en ce sens

auteurs, interjeter appel comme d'abus de la célébration du mariage qu'après la dissolution de celui-ci, c'est-à-dire au moment où ils avaient un intérêt pécuniaire à le faire annuler. Le ministère public ne pouvait agir en nullité que devant le juge séculier. Sur ces points, v. Pothier, *Traité du contrat de mariage*.

(1) Sur l'abus, v. outre les ouvrages généraux : Fevret, *Traité de l'abus*, Lyon, 1689, 2 vol. — V. des exemples en matière d'affinité, *supra*, *Droit canonique*, chapitre second *in fine* et chapitre sixième, II.

(2) Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel, avec un traité particulier des crimes*, Paris, 1757, p. 508.

un édit (1) de Childebert II du 29 février 596 et les *Capitula synodalia* de Pépin (2). Les peines étaient alors appliquées par les évêques (3); mais les individus coupables d'inceste refusaient souvent de se soumettre : Charlemagne ordonna qu'ils seraient traduits devant les *Missi dominici*, et en cas de nouvelle résistance amenés devant lui (4). En dépit des prohibitions et des menaces, les incestes étaient encore fréquents chez ces peuples à peine sortis de la barbarie. Aussi cette époque vit-elle les Capitulaires se succéder sur ce point, comme la Rome chrétienne avait vu se succéder les constitutions impériales sur l'interdiction des mariages entre beaux-frères et belles-sœurs. Ces Capitulaires décidaient en substance que les évêques devaient rechercher tous les cas d'inceste et punir leurs auteurs de la confiscation de leurs biens et de quelques autres pénitences (5); s'ils refusaient de se soumettre, on

(1) *Childeberti secundi decretio*, cap. 2 : « *In sequenti hoc convenit una cum leodos nostros : decrevimus ut nullus incestuosorum sibi societ conjugio, hoc est nec fratris sui uxorem, nec uxoris suæ sororem, nec uxorem patru aut parentis consanguinei... Qui vero episcopo suo noluerit audire et excommunicatus fuerit, perenni condemnatione apud Deum sustineat et in palatio nostro sit omnino extraneus, et omnes res suas parentibus legitimis amittat qui noluit sacerdotis sui medicamenta sustinere.* »

(2) *Apud Vermeriam, apud Vernensem, Compendiensem.*

(3) Capitulaire de Carloman (743), cap. 3 : « *Similiter præcipimus ut juxta decreta canonum, adulteria et incesta matrimonia, quæ non sunt legitima, prohibeantur et emendantur Episcoporum judicio...* »

— V. aussi un Capitulaire de Charlemagne, de 779. — Cependant on trouve déjà à l'époque barbare des dispositions qui attribuent à la justice séculière la répression de l'inceste; nous avons déjà cité, dans notre étude sur le droit germanique, ce texte de la loi des Alamans : « *Si quis contra hoc fecerit, a loci iudicibus separetur...* » (tit. xxxix, 1).

(4) Premier Capitulaire de 802, ou *Capitula data Missis dominicis* (33, *De incestis puniendis*; 38, *De illicitis conjunctionibus*).

(5) Capitulaire de 856, cap. 21... « *Et similiter duas uxores inter se*

les excommunait et on les livrait à la justice séculière, qui souvent leur appliquait la peine du feu, châtiment du sacrilège (1).

Plus tard, quelques coutumes, peut-être en souvenir de certaines dispositions des Capitulaires, prononcèrent contre les incestueux la confiscation de leurs biens au profit du seigneur haut justicier (2) ; le pouvoir temporel avait dès lors tout intérêt à assurer une juste répression de l'inceste.

Chose curieuse, les ordonnances royales ne s'occupèrent pas de l'inceste. Mais leur silence n'empêcha pas la justice de le punir : en effet, d'une part, le droit criminel de l'ancien régime n'avait pas la précision du nôtre, on pouvait incriminer des faits demeurés en dehors des prévisions

simili ratione conjunctas, aut uxor duos viros inter se eodem modo conjunctos... nulla ratione in matrimonium licitum est conjungi. In primo vero genu vel secundo si inventi fuerint scelus fornicationis perpetrasse matrimonii jura alterius sciant se funditus perdidisse. In tertio vero genu si inventi fuerint tali crimine pollutos esse, digna pœnitentia eos subsequatur, et tamen matrimonii jura eis non vicissim sed ad alios non negantur. » (Pertz, *Leges*, I, 441). Pour plus de détails sur la sévérité envers les incestes, v. Anségise, liv. 7, 433.

(1) S'il faut en croire Benedictus Levita, les incestueux parvenaient souvent à éluder la loi et à rester impunis, soit en faisant agir de hautes influences (*Bened. Levita*, liv. 1 formant le livre 5 d'Anségise, cap. 91), soit même en corrompant certains prêtres ou prélats (*Ibid.*, cap. 274).

(2) « Si aucun homme expouse femme qui soit de son lignage sans dispensacion du Pape, il commet par droit tous ses biens meubles et immeubles au seigneur qui est hault justicier du lieu, et dit la loy *de hiis qui incestas nupcias contrahunt*; et aussi seroit le mariage séparé et départi par sainte Église si l'homme s'estoit couchié en une femme qui fust du lignage. » (Beautemps-Beaupré, *Livre des droiz et des commandemens*, publié d'après le manuscrit inédit de la bibliothèque de l'Arsenal, Paris, 1865, n° 837, vol. II, p. 232). Comme on le voit, cette coutume est basée sur le droit romain.

de la loi, on pouvait aussi faire varier la peine et l'aggraver presque à l'infini suivant les circonstances (1) ; d'autre part, les anciens Capitulaires n'avaient jamais été abrogés et la tradition des châtiments appliqués sous leur empire se perpétuait dans la jurisprudence (2). Aussi l'inceste était-il en principe passible de la peine du feu, comme sous Charlemagne ; cependant, dès le xvi^e siècle, il semble qu'on ait réservé ce châtiment à l'inceste de parenté en ligne directe. D'après Muyart de Vouglans (3), certains arrêts continuè-

(1) Voici en quels termes s'exprime à ce sujet M. Faguet, dans un article sur les auteurs de l'*Encyclopédie* : « Au fond, le Code pénal d'alors était si confus à la fois et si élastique, le droit laissé au juge d'aggraver la peine selon les circonstances du procès était si étendu et s'étendait si facilement jusqu'à la mort, que c'était une chose reconnue universellement que la justice pénale était absolument arbitraire et que le magistrat avait droit de vie et de mort sur les citoyens. « C'est une espèce de maxime que les peines sont arbitraires dans ce Royaume, dit Servan en 1766. Cette maxime est accablante et honteuse. » Les encyclopédistes ne cessèrent de réclamer un code précis, obligeant le juge, de telle manière que l'accusé ne fût, comme les autres hommes, soumis qu'à la loi et non mis à la merci du juge. Le Tiers de Draguignan, en ses cahiers de 1788, résumait la pensée encyclopédique quand il disait : « Nous souhaitons que les peines soient *fixées*, de sorte que le juge soit lié et que la loi seule condamne. » Il est curieux de rapporter ces paroles et de revenir sur ces idées, au moment où il se trouve des juges pour demander que ces vérités devenues banales soient abandonnées et qu'on rebrousse jusqu'en deçà de 1750, et qu'on retourne à l'arbitraire du juge comme remède de la rigidité et de l'inflexibilité de la loi. » (E. Faguet, *L'Encyclopédie*, extrait de la *Revue des Deux-Mondes*, n° du 15 février 1901, p. 809-810). — Consulter le *Cours professé à la Faculté de droit de Paris pour le second examen de doctorat juridique*, par M. Garçon, professeur, sur les *Causes d'atténuation et d'aggravation des peines*, 1898-99.

(2) Il n'est donc pas tout à fait exact de dire qu'il n'y avait pas contre l'inceste de lois positives, comme l'ont fait Jousse (*Justice criminelle*, tit. de l'Inceste, § 10) et Muyart de Vouglans (*Les lois criminelles de France*, p. 227).

(3) Muyart de Vouglans, *op. et loc. citat.*

rent cependant à l'appliquer à l'inceste d'alliance en ligne directe ; mais, dans ce cas, le châtiment le plus ordinaire était la potence, suivie de la combustion du cadavre. En ligne collatérale, on appliquait généralement la peine de mort au premier degré, et au-delà une peine moins sévère. On peut lire dans Fléchier le récit d'une affaire d'inceste, doublé d'adultère, qu'eurent à juger les Grands Jours d'Auvergne (1).

Les enfants nés d'un inceste n'avaient ni droits de famille, ni droits de succession. Mais, à l'exemple du droit canonique, la coutume accordait des aliments à l'enfant incestueux jusqu'à ce qu'il fût en âge de gagner sa vie (2). Par suite, le don d'aliments fait au bâtard incestueux était valable lorsqu'il paraissait modéré, ce qui dépendait naturellement de la fortune et de la condition du donateur ;

(1) « Le 6^e [novembre], on fit exécuter un misérable qui avait commis un adultère et un inceste tout ensemble, et qui avait entrepris sur l'honneur d'une femme qui était sa belle-sœur et sa belle-fille. Ils avaient aimé en même lieu, son fils et lui, et avaient épousé deux sœurs qu'ils avaient recherchées avec honneur. Heureux s'ils eussent joui chacun de leurs amours et s'ils n'eussent pas confondu leur famille. Le père, après avoir passé quelque temps dans une assez grande tranquillité dans son domestique, trouva enfin que le choix de son fils était plus raisonnable que le sien, et par une corruption commune parmi les hommes qui cessent d'aimer ce qu'ils ont en leur possession, et qui trouvent plus beau tout ce qu'il ne leur est pas permis d'aimer, il devint amoureux de sa belle-fille, et la traita comme Jupiter fit Junon, de sœur et de femme, *et soror et conjux* ; il en fut convaincu, il en fut puni. » (Fléchier, *Mémoires sur les Grands Jours tenus à Clermont, en 1665-1666*, éd. Gonod, p. 112 et 113).

(2) Loysel, *Institutes coutumières* (avec les notes d'Eusèbe de Laurière, éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 1846), l. 1, tit. 1, art. 41 : « Quelques coutumes disent qu'un bâtard, depuis qu'il est né, est entendu hors de pain ; mais l'on juge que, qui fait l'enfant, le doit nourrir. » Et l'annotateur ajoute : fût-il né *ex nefario coitu* : coutumes du Hainaut. ch. 85, art. 1 ; Mons, ch. 6, 7, 8, 9, 10.

dans le cas contraire, il y avait lieu de réduire le don et la réduction était plus forte que pour un bâtard simple (1).

II. — AUTRES EFFETS DE L'ALLIANCE EN DROIT CIVIL.

En dehors du mariage, les effets de l'alliance en droit civil se produisaient au triple point de vue des aliments, du conseil de famille et d'une institution que l'on peut appeler le tribunal de famille.

Les anciens commentateurs du *Digeste* croyaient que le droit romain avait établi une créance alimentaire entre alliés en ligne directe (2). Sur la foi de cette interprétation, les auteurs et la jurisprudence décidaient que le beau-fils devaient des aliments à son beau-père et à sa belle-mère (*vitricus, noverca*) et que le gendre en devait aussi à son beau-père et à sa belle-mère (*socer, socrus*). On justifiait cette double solution en disant que, s'il était dû des aliments au père et à la mère, il en était dû aussi à ceux qui tenaient lieu de père et de mère par alliance (3). Mais, comme on décidait d'après les lois romaines que l'alliance prenait fin à la dissolution du mariage, on faisait cesser l'obligation alimentaire lors de cette même dissolution (4).

(1) *Journal des Audiences*, arrêts des 10 juillet 1714 et 5 février 1716 ; Poullain du Parc, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, Rennes, 1767-1771, vol. 7, p. 113.

(2) Nous avons combattu cette opinion, *supra*, *Législation romaine*, chapitre quatrième, 1.

(3) Bouvot, *Nouveau recueil des arrêts de Bourgogne*, Genève, 1623-1628, vol. 2, v^o *Aliments*, quest. 3 ; *Journal du Palais*, arrêt du 16 juillet 1676 ; Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique judiciaire*, Toulouse, 1679, vol. 1, p. 78.

(4) L'obligation alimentaire était d'ailleurs réciproque. V. Claude-Joseph de Ferrière, *op. et loc. citat.*

L'alliance à un degré rapproché conférait aussi le droit et l'obligation de faire partie du conseil de famille et de nommer un tuteur à l'enfant qui n'en avait pas. Le plus souvent on prenait un nombre égal de parents et d'alliés dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle du mineur (1); et généralement il en est ainsi à peine de nullité (2). En principe le parent n'était pas préféré à l'allié de même degré que lui : il pouvait même arriver qu'à égalité de degré l'allié dans la branche aînée fût au contraire préféré au parent d'une branche cadette (3). A ce point de vue, l'alliance était considérée comme cessant quand le mariage était dissous sans enfants, et comme survivant à la dissolution du mariage lorsqu'il restait des enfants même mineurs (4).

On a vu qu'il existait à Rome un tribunal de famille institué pour juger les affaires d'ordre intime à une époque où la famille jouissait d'une autonomie et d'une indépendance presque absolues. Bien que les conditions sociales fussent toutes différentes, l'ancienne France chercha à ressusciter cette institution. C'est ainsi que les statuts de Provence rendaient l'arbitrage obligatoire dans les contes-

(1) Six dans chaque ligne, suivant la coutume de Bretagne. V. Poullain du Parc, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, vol. 1, p. 233.

(2) Poullain du Parc (*op. citat.*, vol. 1, p. 237)) rapporte un arrêt de huis clos de la Grand'Chambre, du 16 janvier 1761, qui annula une délation de tutelle parce qu'on avait sciemment fait délibérer trois voisins au lieu d'un oncle et de deux beaux-frères du mineur (et non pas du tuteur, comme on lit dans Poullain du Parc).

(3) V. dans Poullain du Parc (*op. citat.*, vol. 1, p. 234) un arrêt de huis clos de la Grand'Chambre, du 17 juin 1763.

(4) Si l'époux qui survivait à la dissolution du mariage avait un fils majeur, celui-ci remplaçait son auteur qui pouvait ainsi bénéficier d'une sorte d'exemption (Poullain du Parc, *op. citat.*, vol. 1, p. 234-236).

tations entre « parents, affins et conjoints » : le litige était généralement porté devant une assemblée de parents, d'alliés ou de voisins. Voici en quels termes s'exprime la « requête » du statut de 1491 ; « Compromettront les seigneurs et leurs hommes et sujets ; universités et particuliers ; *parents, affins et conjoints*... pour plus grand bien universel du pays et restreindre la désordonnée habitude de plaiderie, dont procèdent grandes inimities et dépenses de plusieurs volontaires plaideurs, plaise au Roi, que le chapitre faict autresfois des différences que sont et pourroient estre entre les Nobles du Pays, se devoir compromettre et par amiable cognoissance déterminer, se estende, et aye lieu pareillement aux différences et débatz... ; semblablement de toutes et quelconques se veuille personnes dudict Pays *parentes, affines et conjoinctes* (1). » En pratique, on admit cependant des restrictions à ce compromis obligatoire contre lequel se prononçaient en général les auteurs (2).

Les ordonnances d'août 1560, de février 1566 (Moulins, art. 83) et de janvier 1629. (Code Michaud) tentèrent d'introduire cet arbitrage forcé dans les contestations entre parents pour successions, auditions de comptes de tutelle, institutions de dots, délivrances de douaires. Mais elles ne semblent guère avoir été mises en pratique (3). Une tentative analogue devait encore être faite sans plus de succès par la Révolution française (4).

(1) V. Julien, *Nouveau commentaire sur les statuts de Provence*, Aix, 1778, vol. 1, p. 352. — V. le statut de 1469 : *ibid.*, p. 350.

(2) Julien, *op. citat.*, vol. 1, p. 353 et s.

(3) Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, 1825, vol. 2, p. 47 et 48, v^o Arbitrage.

(4) Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, Paris, 1899, p. 311. — V. *infra*, *Législation révolutionnaire*.

CHAPITRE DEUXIÈME

Les effets de l'alliance en procédure.

Les lois romaines interdisaient déjà d'entendre comme témoin ou de choisir pour juge un parent et même un allié rapproché d'un accusé ou d'une partie. Les ordonnances royales reprirent ces prohibitions, les développèrent, les étendirent, et arrivèrent ainsi à édicter des dispositions excellentes au point de vue théorique. En pratique malheureusement elles n'étaient pas toujours appliquées : sur bien des points, le pouvoir royal se heurta contre l'inertie et la sourde résistance des grands corps judiciaires, qui provoquèrent de sa part des rappels à l'ordre fréquemment répétés dans les ordonnances, et même de temps à autre quelques exécutions sommaires (1).

On examinera dans trois paragraphes distincts les alliances des séquestres, huissiers, témoins et notaires, puis les alliances des juges entre eux, enfin les alliances des juges avec les parties.

I. — ALLIANCES DES SÉQUESTRES, HUISSIERS, TÉMOINS ET NOTAIRES.

Les règles sur ces matières sont contenues dans les deux grandes Ordonnances de Louis XIV, l'Ordonnance civile touchant la réformation de la justice (Saint-Ger-

(1) V. en particulier (*infra*, même chapitre II) un arrêté du Conseil d'Etat du 18 novembre 1666.

main-en-Laye, avril 1667), et l'Ordonnance criminelle de 1670 (1).

« Le juge, dit la première de ces Ordonnances, ne pourra nommer pour séquestre aucun de ses parens et alliés, jusques au degré de cousins germains inclusive-ment, à peine de nullité, de cent livres d'amende, et de répondre en son nom des dommages et intérêts des parties, en cas d'insolvabilité du séquestre (2). » Néanmoins le juge pouvait nommer un de ses parents ou alliés si toutes les parties y consentaient par écrit.

Les alliances des huissiers et gardiens de choses saisies étaient aussi prévues par l'Ordonnance civile : « Les huissiers ou sergens ne pourront prendre pour gardiens et commissaires des choses par eux saisies aucuns de leurs parens et alliés, ni pareillement le saisi, sa femme, ses enfans ou petits-enfans, à peine de tous dépens, dommages et intérêts envers le créancier saisissant (3). » Ni cet article, ni le suivant ne parlent des alliés du saisi ; mais Serpillon estime que le gendre doit être regardé comme un des enfans (4).

« Tous sergens et huissiers, même de nos cours de parlement, grand Conseil... seront tenus en tous exploits d'ajournemens de se faire assister de deux témoins ou recors, qui signeront... sans qu'ils puissent se servir de recors qui ne sachent écrire, ni qui soient parens ou alliés ou domestiques de la partie (5). » Le texte ne prévoit pas

(1) V. ces ordonnances dans Isambert, vol. 18, p. 103 et 371.

(2) Ordonnance civile de 1667, tit. xix, des séquestres et des commissaires et gardiens des fruits et choses mobilières, art. 5.

(3) Ordonnance civile de 1667, tit. xix, art. 13.

(4) Serpillon, *Code civil ou commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*, p. 300.

(5) Ordonnance civile de 1667, tit. ii, des ajournemens, art. 2.

l'hypothèse où l'huissier lui-même est parent ou allié de la partie : *a fortiori* dans ce cas lui est-il interdit de procéder ; c'est d'ailleurs ce que jugea le Parlement de Paris, par un arrêt du 6 septembre 1721, annulant un exploit fait par un huissier parent de l'une des parties au troisième degré (1). Le Parlement de Provence avait déjà rendu, le 23 janvier 1609, un règlement défendant aux sergents de dresser des exploits en faveur de leurs parents ou alliés au troisième degré. Les huissiers des parties pouvaient être parents ou alliés entre eux.

Le notaire ne pouvait pas être parent ni allié d'une des parties ; il ne pouvait même pas être parent en ligne directe, frère, oncle, neveu, beau-père, ni gendre d'un des témoins ; mais cette dernière prohibition n'était pas à peine de nullité (2).

En principe, avons-nous dit, il ne convient pas d'appeler comme témoin un parent ni un allié d'une partie. En matière civile, l'Ordonnance de 1667 était très ferme sur ce point : « Les parens et alliés des parties, jusqu'aux enfans des cousins issus de germains inclusivement, ne pourront être témoins en matière civile pour déposer en leur faveur ou contre eux, et seront leurs dépositions rejetées (3). — Au commencement de la déposition sera

(1) Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, tit. II, art. 2.

(2) Arrêts des 22 mai 1550 et 2 décembre 1669. (Soefve, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables, tant de droit que de coutumes jugées par des arrêts d'audience du Parlement de Paris, depuis 1640 jusques à présent*, Paris, 1682, 2 vol.)

(3) Excepté dans les cas suivans : 1^o spoliation d'hoirie ; 2^o perte de registres de baptêmes, mariages, etc. ; 3^o procès où interviennent les tuteurs ou administrateurs, car ils ne sont pas véritablement parties ; 4^o procès des corps ou communautés, pour la même raison.

fait mention du nom, surnom, âge, qualité et demeure du témoin, du serment par lui prêté, s'il est serviteur ou domestique, parent ou allié de l'une ou de l'autre des parties, et en quel degré. — Tout ce que dessus sera observé en la confection des enquêtes, à peine de nullité (1). »

Mais en matière criminelle, l'ordonnance de 1670 se montrait beaucoup moins formelle : elle se bornait à prescrire aux témoins de déclarer s'ils étaient parents ou alliés des parties et à quel degré, et au juge de mentionner cette déclaration (2). Les parents et alliés n'étaient donc pas incapables de déposer au criminel, comme ils l'étaient au civil : on pouvait les entendre sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison. Cependant il semble bien qu'en pratique on n'admettait comme témoins les parents et alliés en ligne directe que pour le crime de lèse-majesté et pour quelques autres crimes graves qu'il était impossible de prouver autrement. Muyart de Vouglans, dont nous venons de reproduire à peu de chose près la doctrine (3), cite à ce sujet l'Ordonnance pour la Lorraine (tit. 4, art 5), dont il juge la disposition très sage : « Les parens ou alliés de l'accusateur ou de l'accusé en ligne directe en quelque degré que ce soit, ne seront reçus pour témoins, non plus qu'en ligne collatérale jusqu'aux enfans des cousins issus de germains inclusive-

(1) Ordonnance civile de 1667, tit. xii, des enquêtes, art. 11, 14, 20.

(2) « Les témoins prêteront serment et seront enquis de leur nom, surnom, qualité, demeure et s'ils sont serviteurs ou domestiques, parents ou alliés des parties, et en quel degré ; et du tout sera fait mention à peine de nullité de la déposition, et des dépens, dommages et intérêts des parties contre le juge. » (Ordonnance criminelle, août 1670, tit. vi, des informations, art. 5).

(3) Muyart de Vouglans, *Instruction criminelle suivant les lois et ordonnances du royaume*, Paris, 1762, p. 236.

ment ; sauf aux juges dans des occasions importantes d'entendre les parens ou alliés aux degrés ci-dessus de la ligne collatérale... comme témoins nécessaires dans les délits occultes, lorsqu'il y aura défaut d'autres preuves ; ce que nous laissons à leur honneur et conscience, et sauf d'avoir à leur déposition tel égard que de raison. »

II. — ALLIANCES DES JUGES ENTRE EUX.

C'est en cette matière que le pouvoir royal rencontra le plus de résistance de la part des autorités judiciaires : la meilleure preuve en est dans la fréquence et la monotonie des ordonnances qui se succédèrent à ce sujet.

Dès 1493, Charles VIII rendait une Ordonnance interdisant de nommer deux frères conseillers en la même cour (1). En 1498, Louis XII édictait les dispositions suivantes : « Avons défendu et défendons... Que le fils, frère, gendre, neveu et clerc ne pourront estre pris pour ajoints par le commissaire ordonné à faire enquête posé ores que les parties y consentissent. — Avons ordonné et ordonnons que le père et le fils et les deux frères ne pourront estre en une même cour (2). » A part le mot *gendre*, il n'était ici question strictement que de parenté et nullement d'alliance ; mais par suite de la confusion canonique entre la parenté et l'affinité, confusion qui avait profondément pénétré dans les habitudes, on appliqua cette prohibition aux alliés (3) : un arrêt du 25 mai 1522 annula

(1) Ordonnance sur l'administration de la justice, juillet 1493, art. 71. (Isambert, vol. xi, p. 238).

(2) Ordonnance de Blois, mars 1498, art. 36 et 41 (Isambert, vol xi, p. 323 et s.).

(3) C'est sans doute en ce sens qu'il faut aussi comprendre une disposition de l'Ordonnance sur l'administration de la justice en Pro-

une enquête parce que le juge avait pour adjoint le mari de sa sœur (1).

En 1560, l'ordonnance d'Orléans étendit un peu la portée de la prohibition : « Ne seront aussi regus en un même parlement, chambre des comptes, ou autres cours souveraines, ni en un même siège, le père et le fils, deux frères, l'oncle et le neveu. Et avons dès à présent déclaré nulles toutes lettres de dispense qui seraient obtenues au contraire, pour quelque cause et occasion que ce soit (2). »

Les Ordonnances qui suivirent se bornèrent le plus souvent à répéter ou à confirmer ce texte, en des termes qui prouvent combien il était peu respecté. Ainsi firent en 1566 l'ordonnance de Moulins, et en 1579 celle de Blois (3). Contrairement à ce qui s'était passé sous l'empire de l'Ordonnance de 1498, certains arrêts décidèrent qu'on pouvait admettre au même siège deux beaux-frères, bien

vence, rendue par François I^{er} à Iz-sur-Tille, en octobre 1535. Cette disposition, intitulée : des parentés et *alliances*, ne parle que des parents : « Avons ordonné et ordonnons qu'en nostredite cour, le père et le fils et les deux frères ne pourront estre receuz. » (Isambert, vol. xii, p. 426).

(1) Theveneau, *Paraphrase aux lois municipales et coutumes du Comté et pays de Poictou, de nouveau réformées avec sommaires...* Poitiers, 1565, xiii, art. 10, p. 761.

(2) Ordonnance générale rendue sur les plaintes, doléances et remontrances des États assemblés à Orléans, Orléans, janvier 1560, art. 32 (Isambert, vol. xiv, p. 72).

(3) Ordonnance rendue sur les plaintes et doléances des États généraux assemblés à Blois en novembre 1576, relativement à la police générale du royaume, Paris, mai 1579, art. 116 (Isambert, vol. xiv, p. 410). — Bien que datée de Paris, cette ordonnance porte le nom d'Ordonnance de Blois, parce qu'elle fut rendue sur les plaintes des États assemblés en cette ville. C'est la seconde et la plus connue des ordonnances de Blois : la première est de Louis XI, en mars 1498, v. *supra*, p. 189.

qu'on ne pût y admettre deux frères (1). On n'assimilait plus l'affinité à la parenté, au moins en ligne collatérale, car en ligne directe on reconnaissait généralement que le gendre et le beau-père ne devaient pas faire partie du même siège, bien que l'ordonnance d'Orléans fût muette à leur sujet (2).

L'Edit de Rouen (3), rendu par Henri IV en 1597, renouvela les interdictions portées par les Ordonnances d'Orléans et de Blois, en enjoignant, comme l'avait déjà fait cette dernière, aux procureurs généraux et à leurs substituts de dresser des tableaux des parentés et alliances existant entre les officiers de leur siège afin que le roi pût prendre à leurs sujets tels règlements qu'il lui plairait. L'Edit de Rouen contenait, en outre, l'innovation suivante : « Davantage pour les plaintes qui ont esté faictes, et mesmes par aucuns officiers de nosdictes cours souveraines, du trop grand nombre d'officiers qui s'y trouvent d'une mesme ville, qui sont souvent parens, dont (*bien que ce soit hors les degrez de parentez et alliances que dessus*) les parties prennent des soupçons contre nosdictes

(1) Il fut ainsi jugé par un arrêt pour le présidial d'Auxerre et par un autre arrêt (du 9 février 1588) pour le siège d'Issoudun (Néron, *Recueil d'édits et d'ordonnances*, p. 58).

(2) C'est ce que décide notamment l'Edit de Rouen, de 1597, art. 6 : «... Voulons et ordonnons les articles contenuz aux ordonnances d'Orléans et Blois, concernans les deffenses de recevoir en un mesme parlement, chambre des comptes et autres cours souveraines, ny en un mesme siège le père et le fils, les deux frères, *le beau-père et le gendre*, l'oncle et le neveu, estre inviolablement gardez et observez... » Or, le beau-père et le gendre sont absents de l'énumération donnée dans l'article 32 de l'ordonnance d'Orléans, auquel l'ordonnance de Blois (art. 116) se borne à renvoyer.

(3) Edit sur l'administration de la justice, les évocations... etc., Rouen, janvier 1597 (Isambert, vol. xv, p. 120 et s., spécialement p. 122).

cours souveraines ; leur enjoignons [aux procureurs généraux et à leurs substituts], chacun endroit soy, de reigler le nombre qu'ils jugeront en leurs consciences ne devoir estre excédé, dont ils nous donneront advis, pour y apporter nostre auctorité (1). »

Cette disposition était peut-être excellente ; malheureusement elle devait rester lettre morte ; car, loin de pouvoir étendre les prohibitions de l'Ordonnance d'Orléans, le pouvoir royal était même impuissant à les faire observer telles quelles. C'est ce qui résulte une fois de plus des termes du fameux *Code Michaud*, ordonnance publiée par Louis XIII en 1629 « sur les plaintes des États assemblés à Paris en 1614 et de l'assemblée des notables réunis à Rouen et à Paris en 1617 et 1626 (2). »

Une pareille indocilité était due à plusieurs causes : la difficulté des communications, le contrôle défectueux

(1) Edit de Rouen, art. 7 (Isambert, *loc. citat.*).

(2) L'article 55 de cette Ordonnance commence ainsi : « Pour ce qu'au préjudice de nos ordonnances, mêmes de celles de Blois, article 116 confirmative d'autre article des ordonnances d'Orléans et clauses apposées aux provisions d'office, de n'avoir lieu, sinon aux cas que les pourvus n'ayent es compagnies où ils entrent aucuns parens ou alliez au degré prohibé par lesdites ordonnances, ont esté reçus en nosdits parlements et autres compagnies plusieurs officiers ayant parens ou alliés de ladite qualité, dont il arrive tel désordre en nostre justice, que nos sujets sont grandement vexez et opprimez, plusieurs familles se rendant si puissantes dans les compagnies que l'on n'ose s'adresser à ceux qui en sont, ou des affaires desquelles [il faut lire probablement desquels] ils s'entremettent, dont il naist encore d'autres grands inconveniens dommageables au public et particulier ; pour raison de quoy nous sommes contraints trop souvent d'accorder des évocations, ensorte que le cours de la justice en est diverty et les parties consommées en frais et dépens pour s'en garentir ; nous voulons et ordonnons que les ordonnances sur ce faites soient exactement gardées et observées.... » (Isambert, t. xvi, p. 240 et s.).

exercé par la Chancellerie, les avantages attachés à la profession de magistrat et qui faisaient briguer des charges à ceux dont les parents en étaient déjà pourvus, l'instruction peu répandue et réservée, surtout dans les petites localités, à quelques rares familles privilégiées d'où sortaient alors tous les hommes de loi, enfin et par dessus tout les vices primordiaux de l'organisation judiciaire sous l'ancien régime. D'ailleurs l'autorité royale donnait elle-même l'exemple de l'infraction aux règlements qu'elle avait édictés : c'est ainsi qu'en l'année 1666, en dépit des prescriptions de ses prédécesseurs qu'il devait lui-même renouveler plus tard, Louis XIV commit un conseiller au Parlement pour instruire certains procès « conjointement ou séparément » avec son propre frère (1).

(1) Je dois la communication de ce curieux document à l'aimable obligeance de M. Delpy, Président de chambre à la Cour d'Appel de Riom, qui l'a découvert dans les archives de la Cour :

« Commission donnée par le roy à M. Le Pelletier, conseiller en la Cour, pour instruire, *conjointement ou séparément avec M. Pelletier, son frère*, les procès commencez en la Cour des Grands Jours établis à Clermont en 1665. A Vincennes, le 11 septembre 1666.

Louis, par la grâce de Dieu, Roy de France et de Navarre, à notre amé et féal conseiller en nostre cour de Parlement à Paris, le sieur Michel Pelletier, salut.

Par nos Lettres Patentes en forme de Commission du 4 du présent mois et an, registrées..., et pour les considérations y contenuës; Nous aurions (*sic*) commis les sieurs Pelletier, Nau et de La Falluère, conseillers en nostredite Cour, pour se transporter :

Sçavoir, *ledit sieur Pelletier en la province du hault et bas Auvergne*, le sieur Nau dans celles de Lyonnais, Forests, Masconnois et Beaujollois, et le sieur de La Falluere dans les provinces de Nivernois, Bourbonnois, Berry, Haute et Basse-Marche,

Pour instruire toutes les matières civiles et criminelles, qui ont esté pendantes en la Cour des Grands Jours tenus à Clermont l'année dernière; *recevoir les plaintes* qui leur seront faites des violences et voyes de fait, vols, concussions, assassinats et autres crimes publics, *en in-*

Cela ne l'empêcha d'ailleurs pas, deux mois plus tard, de sévir contre les magistrats et les officiers du siège de Moulins, en raison des parentés et des alliances qui les unissaient. Nous croyons devoir reproduire presque intégralement l'arrêt du Conseil d'État, rendu à ce sujet le 18 novembre 1666, comme un curieux exemple du népotisme éhonté de cette époque (1) :

« Sur ce qui a été représenté au Roy estant en son conseil,

Qu'encore que par les Ordonnances il soit très expressément défendu de recevoir dans un mesme Siège de Jus-

former et instruire les procès jusques à jugement définitif exclusivement, nonobstant oppositions, appellations, récusations et prise à partie, avec pouvoir auxdits sieurs Commissaires de juger les procès par eux instruits, ou dont l'instruction aura esté faite par les subdélégués de ladite Cour des Grands Jours, à la charge de l'appel pour les cas qui ne seront prevostaux, le tout en la forme et manière et tout ainsi qu'il est plus amplement porté par nosdites Lettres dont coppie collationnée est cy attachée sous le contrescel de nostre Chancellerie.

Et d'autant que lesdites provinces du hault et bas Auvergne sont d'une grande étenduë, qu'il s'y rencontre quantité d'affaires tant civiles que criminelles, ausquelles un seul Commissaire ne pourrait vacquer ni rendre la justice que nous en attendions avec la promptitude nécessaire :

A ces causes et bien informés de vos sens, capacités, expérience et affection à nostre service, et au bien de la justice et du public, nous vous avons commis, ordonné et député, et par ces présentes signées de nostre main, commettons, ordonnons et députons, pour conjointement ou séparément avec ledit sieur Pelletier vostre frère procéder au fait de ladite commission dans l'étenduë desdites provinces du hault et bas Auvergne, circonstances et dépendances, de ce faire vous donnons pouvoir, tout ainsi comme si vous aviés esté compris et député par nosdites Lettres...

Donné à Vincennes le 11^e jour de septembre, l'an de grâce 1666. Et de notre règne le vingt-quatrième. Signé : Louis. »

(1) Je suis redevable de cette pièce, comme de la précédente, à M. le Président Delpy, auquel je suis heureux d'en exprimer ici toute ma respectueuse gratitude.

tice le père et le fils ; les deux frères ; l'oncle et le neveu ; et qu'en conséquence il ne soit expédié aucunes provisions au sceau qu'avec la clause expresse que les pourveûs n'aurent aucuns parents ou alliéz au degré de l'Ordonnance, à peine de nullité des provisions et des réceptions, qui pourroient estre faites en conséquence :

Néanmoins la *Sénéchaussée et Siège Présidial de Moulins se trouve remplie d'un grand nombre d'officiers étroitement liez, soit par la conjonction du sang ou de leur alliance : en sorte que les familles des le Roy, Semin, du Buisson, Berger, Lingendre, Beraut, Aubry et Dobeil en remplissent toutes les charges ;* contre l'expresse prohibition de l'Ordonnance et la clause de leurs provisions, et cause beaucoup de désordre et de confusion dans l'administration de la justice ; dont Sa Majesté ayant été informée par les plaintes qui luy en ont esté faictes, Elle se serait fait représenter le procez verbal du sieur Le Fèvre de La Faluere, conseiller au Parlement de Paris, et commissaire député par la Cour des Grands-Jours en la province de Bourbonnois ; ensemble la table par luy dressée desdites parentez et alliances, signée et certifiée véritable par les principaux officiers dudit Siège, et les coppies de leurs provisions contenant ladite clause.

A quoy estant nécessaire de pourvoir ; et oüy le rapport, et tout considéré,

Le Roy estant en son Conseil, a ordonné et ordonne conformément à l'article xxxii de l'Ordonnance d'Orléans,

Que les parens au premier, second et troisième degré, qui sont de père et fils, de frère, oncle et neveu ; ensemble les alliéz jusques au second degré qui sont de beau-père et

gendre, et de beau-frère (1), ne pourront estre receûs, ni exercer conjointement aucun office dans ladite Sénéchaussée et Siège Présidial de Moulins : et en conséquence a déclaré et déclare subreptices les provisions obtenûs par M^e Gilbert Roy, lieutenant général, neveu d'André Roy, président ; Gilbert Semin, lieutenant criminel, fils d'André Semin, président ; Jacques Berger, conseiller, fils de Nicolas Berger, assesseur ; Remy Vavril, conseiller, beau-frère de Jean Beraut, aussi conseiller ; Remy Aubry, procureur du Roy, gendre dudit André Semin ; et Jean Dobeil, avocat du Roy, fils d'Abel Dobeil, conseiller audit siège ; et leurs réceptions nulles ;

Ce faisant leur fait Sa Majesté très expresses inhibitions et défenses de se plus immiscer en l'exercice et fonction desdites charges, à peine de faux, et d'estre icelles déclarées vacantes au profit de Sa Majesté, qui ordonne que dans un an pour toutes préfixions et délais, à compter du jour de la publication qui sera faite audit Siège du présent Arrest, ils seront tenus de passer démission desdites charges dont ils sont pourveûs au profit de personnes capables ; autrement, et à faute de ce faire dans ledit temps, et iceluy passé, elles demeureront vacantes et impétables...

Ordonne en outre Sadite Majesté, *que les officiers titulaires et actuellement servans audit Siège ne pourront cy-après contracter alliance au premier degré, de beau-père ou gendre ; autrement l'office du dernier receu déclaré vacant au profit de Sadite Majesté. Et à l'égard des parens et alliez, tant conseillers d'honneur que vétérans, jusqu'au second degré de parenté ou alliance, leurs*

(1) D'après cet arrêt, l'article 32 de l'Ordonnance d'Orléans visait donc les beaux-frères ; on a vu plus haut que le contraire avait été jugé au xvi^e siècle.

voix ne seront comptées que pour une, si ce n'est qu'ils se trouvent de différents avis.

Et pour remédier à semblables abus dans les autres Sièges Présidiaux, Baillages et Sénéchaussées, ordonne Sa Majesté, que dans deux mois les procureurs du Roy ausdits Sièges enverront aux Commissaires départis dans les Généralitez du Royaume, pour remettre à Monsieur le Chancelier, *une liste signée et certifiée d'eux, contenant les noms, les parentez et alliances de tous les officiers de leurs Sièges*, et la date de leurs provisions et réceptions, à peine d'interdiction et de privation de leurs gages.

Ordonne en outre Sa Majesté, sur l'avis de Monsieur le Chancelier, que tous porteurs de résignations, démissions, ou nomination de charges des Présidiaux, Baillages et Sénéchaussées, seront tenus de faire leurs déclarations par devant le Garde des Roolles des Offices de France en personne, ou par procureur fondé de procuration spéciale qu'il n'a aucun parent audit Siège jusqu'au troisième degré, qui sont père et fils, frère, oncle et neveu, *où alliez jusqu'au second degré, qui sont beau-père, gendre et beau-frère*, se soumettant audit cas à la perte dudit office, et sera en outre tenu de rapporter un certificat tant des Officiers du Siège assemblez en la chambre du conseil, au moins au nombre de trois, que du procureur de Sa Majesté audit Siège, sur le fait desdites parentez; lequel certificat demeurera attaché sous le contrescel des Lettres de provisions. Et où le certificat ne se trouverait véritable, les offices de ceux qui l'auront signé demeureront vacants et impétables au profit du Roy...

Fait au conseil d'Estat du Roy, Sa Majesté y estant, tenu à Saint-Germain en Laye, le dix-huictième jour de novembre mil six cent soixante-six. »

Nous ignorons si ces mesures énergiques furent bien rigoureusement appliquées. Toujours est-il qu'à partir de cette époque les décisions royales sur la matière devinrent beaucoup plus rares ; c'est ainsi que les grandes Ordonnances de 1667, 1669 et 1670 ne parlent que très incidemment des parentés et alliances entre juges d'un même siège : leurs dispositions visent surtout les parentés et alliances entre juges et parties dont il sera question plus loin. Signalons cependant un Edit de 1669 qui, répétant l'arrêt du conseil d'Etat précité, défendit que deux parents jusqu'au troisième degré ou deux alliés jusqu'au second fussent nommés au même siège, prohiba pour l'avenir la formation d'alliances au premier degré entre les juges et officiers déjà nommés, et ordonna que les voix des conseillers d'honneur et vétérans parents ou alliés jusqu'au second degré ne seraient comptées que pour une (1). Cette dernière disposition fut étendue des conseillers d'honneur et vétérans à tous les officiers titulaires, par un arrêt du conseil d'Etat rendu le 30 juin 1679 (2) ; ce qui semble bien indiquer que les intéressés n'avaient pas été amenés à résipiscence (3).

(1) Edit portant fixation du prix des offices de judicature, l'âge et la capacité des officiers, août 1669. — Un Edit de janvier 1687 répéta la prohibition pour les conseillers alliés au degré de beau-père, gendre, beau-frère. Une Déclaration du 30 septembre 1728 décida qu'à ce point de vue il fallait considérer comme beaux-frères ceux qui avaient épousé les deux sœurs, et que le mot beau-père devait s'entendre dans les deux sens (*socer et vitricus*).

(2) Néron, *Recueil d'édits et ordonnances*, II, p. 788. — Une Déclaration du 30 novembre 1673 avait promis d'accorder des dispenses d'alliance pour judicature à ceux qui les demanderaient : pour ce, ils devaient déclarer sincèrement leur degré d'alliance et acquitter un droit fixé à l'avance par chaque degré (Néron, II, p. 132).

(3) Les parentés ou alliances entre juges donnaient lieu aux procé-

III. — ALLIANCES DES JUGES AVEC LES PARTIES.

Les décisions royales concernant les alliances entre juges et parties ne furent guère mieux observées sans doute que les précédentes : néanmoins le pouvoir eut beaucoup moins souvent à intervenir à ce sujet (1). Lorsqu'une des parties était parente ou alliée d'un juge appelé à connaître du litige, on pouvait, suivant le cas, récuser ce juge ou demander l'évocation et faire renvoyer l'affaire devant une autre juridiction (2).

La *récusation* consistait dans le droit pour une partie d'exclure un de ses juges, dans les cas, d'ailleurs déterminés, où il y avait lieu de suspecter son impartialité. La *récusation* n'atteignait donc qu'un ou plusieurs juges pris isolément, et non pas toute une juridiction, comme le faisait l'évocation.

dures d'évocation et de *récusation*, dont il sera question au paragraphe suivant.

(1) En pratique, on ne semblait guère se préoccuper de ces sortes d'alliances, témoin ce passage de Fléchier : « Lorsque la déclaration du roi fut vérifiée en parlement, quelques-uns s'avisèrent qu'il pourrait y avoir quelques contestations pour la présidence, si M. de Novion venait à être absent ou par infirmité, étant sujet à quelques vapeurs qui l'incommodent, — ou par *récusation*, ayant des parens et des alliances dans la province. » (Fléchier, *Mémoires sur les Grands-Jours tenus à Clermont en 1665-1666*, éd. Gonod, p. 161). — Ces parentés et alliances n'avaient pas empêché le roi de nommer M. de Novion président des Grands-Jours. V. cependant sur les alliances du président de Novion, *supra*, p. 171, note 1.

(2) Dans les juridictions ayant plusieurs chambres, le procès pouvait aussi être renvoyé d'une chambre à une autre. Sur ce point, consulter : Ordonnance d'Orléans (1560), art. 53 ; Ordonnance de Blois (1579), art. 121 ; Code Michaud (Paris, 1629), art. 57 ; Ordonnance de Saint-Germain (août 1669), tit. 1, art. 9 ; Déclaration touchant le renvoi du procès d'une chambre à une autre pour cause de parenté et alliance, du 14 août 1701. (On trouvera cette déclaration dans Néron, II, p. 320).

Les conditions d'exercice du droit de récusation sont contenues dans le titre xxiv de l'Ordonnance civile de 1667 : « Les récusations *en matière civile* seront valables en toutes cours, juridictions et justices, si le juge est parent ou allié de l'une des parties jusqu'aux enfants des cousins issus de germain, qui font le quatrième degré inclusivement, et néanmoins il pourra demeurer juge si toutes les parties y consentent par écrit (1). » Telle était la règle en matière civile. En matière criminelle, la prohibition était beaucoup plus étendue et le juge devait se récuser d'office, même si les parties consentaient à ce qu'il connût de l'affaire : « Le juge pourra être récusé *en matière criminelle*, s'il est parent ou allié de l'accusateur ou de l'accusé jusqu'au cinquième degré inclusivement ; et s'il porte le nom et armes, et qu'il soit de la famille de l'accusateur ou de l'accusé, il s'abstiendra, en quelque degré de parenté ou d'alliance que ce puisse être, quand la parenté ou alliance sera connue par le juge ou justifiée par l'une des parties, sans qu'en l'un ni l'autre cas il puisse demeurer juge nonobstant le consentement de toutes les parties, même de nos procureurs généraux, ou nos procureurs sur les lieux et des procureurs fiscaux des seigneurs (2). »

La récusation était possible, même si le juge était parent ou allié commun des parties (3) ; on verra plus loin qu'il n'en était pas de même en matière d'évocation, au

(1) Ordonnance de 1667, tit. xxiv, des récusations des juges, art. 1. — On a déjà remarqué que l'Ordonnance emploie le mode de supputation canonique.

(2) Ordonnance de 1667, tit. xxiv, art. 2. — Un arrêt du Parlement de Paris du 23 mai 1742 jugea que la proche parenté entre le juge et la femme du frère d'un accusateur n'était pas un moyen de récusation.

(3) *Ibid.*, art. 3.

moins depuis l'Ordonnance d'août 1669. Enfin on pouvait récuser aussi du chef des parents et alliés de la femme du juge ou de la partie : « Ce qui est dit des parents et alliés aura pareillement lieu pour ceux de la femme, si elle est vivante, ou si le juge ou la partie en ont des enfans vivans ; et en cas que la femme soit décédée et qu'il n'y eût enfans, le beau-père, le gendre, ni les beaux-frères ne pourront être juges (1). » Dans ce dernier cas, bien que l'alliance fût dissoute, on estimait qu'à un degré aussi proche il subsistait néanmoins une certaine affinité (2).

L'évocation consistait dans le renvoi d'une affaire devant une juridiction autre que celle qui devait régulièrement en connaître : le plaideur ou l'accusé avait le droit de demander l'évocation lorsque le tribunal devant lequel il comparaisait contenait un trop grand nombre de juges unis entre eux ou unis avec une des parties par des liens de parenté ou d'alliance (3). « On pourra, dit l'Ordonnance

(1) *Ibid.*, art. 4.

(2) L'article 6 était ainsi conçu : « Le juge pourra être récusé s'il a donné conseil ou connu auparavant du différend, comme juge ou comme arbitre... » Sur cet article, Rodier (*Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667, relatives aux usages des cours de Parlement et principalement de celui de Toulouse*, Toulouse, 1769, p. 376) cite l'opinion de l'auteur De Larroche (*Traité des Parlements*, liv. xiii, ch. 85, art. 15), d'après lequel sont récusables aussi les juges « dont le père ou le fils, le beau-père ou le gendre, le frère, l'oncle ou le neveu seraient avocats ou procureurs de l'une des parties, s'ils demeureraient et mangeraient ensemble avec les juges ».

(3) Sur les évocations, consulter : Edit de Chantelou (18 mai 1529) ; Edit de la Bourdaisière (mars 1545) ; Ordonnance de Moulins (février 1566), art. 70 ; Ordonnance de Blois (mai 1579), art. 117 ; Edit de Rouen (janvier 1597), art. 16 ; Déclaration sur les évocations et degrés de parenté sur icelles, Paris, 14 janvier 1664 [*Recueil de la Cour de Cassation*] ; Arrêt du Parlement servant de règlement pour l'administration de la justice, dans les présidiaux, bailliages, sénéchaussées et

de 1669, évoquer du chef des parens ou alliés en ligne directe ou collatérale, ascendants ou descendants, comme oncles, grands-oncles, neveux et petits-neveux, en quelque degré qu'ils soient ; et à l'égard des autres collatéraux, l'évocation sera accordée du chef des parens et alliés, jusqu'au troisième degré inclusivement (1). » L'article suivant explique que les degrés s'entendent ici d'après la supputation canonique : le troisième degré représente donc les cousins issus de germains. Mais l'évocation ne pouvait être accordée que s'il y avait plusieurs parents ou alliés aux degrés ci-dessus : le nombre variait suivant les juridictions et suivant qu'il s'agissait de parenté (ou d'alliance) entre deux juges du siège ou entre un juge et l'une des parties (2).

Contrairement à ce qui se passait en matière de récusation, on n'admettait pas l'évocation du chef des parentés ou alliances communes aux deux parties, soit à degré égal, soit à un degré plus proche de celui qui évoquait que des autres parties (3). Pouvait-on évoquer du chef de

autres sièges royaux, Paris, 10 juillet 1665 [Archiv. — *Recueil chronologique des ordonnances citées dans celles d'avril 1667, août 1670, mars 1673*, Paris, 1757] ; Ordonnance d'août 1669, tit. 1 ; Déclaration du 2 octobre 1694 [Néron, II, p. 257] ; Déclaration du 14 août 1701 [Néron, II, p. 320] ; Ordonnance concernant les évocations et règlement de juges, Versailles, août 1737 ; Règlement concernant la procédure du conseil, Versailles, 28 juin 1738, première partie, tit. 1.

L'évocation pour parenté ou alliance s'appelait aussi *évincement*. Elle fut l'objet, d'après Rodier (p. 166 et s.), d'un règlement du Parlement de Paris, le 13 août 1689.

(1) Ordonnance d'août 1669, tit. 1, art. 2.

(2) Consulter sur ce point : Ordonnance de Blois (1579), art. 117 ; Ordonnance d'août 1669, tit. 1, art. 5-11 ; Ordonnance d'août 1737, tit. 1, art. 7 et s.

(3) Ordonnance de 1669, tit. 1, art. 12 ; Ordonnance de 1737, tit. 1, art. 17.

ses propres parents ou alliés ? Sous l'empire du Code Michaud et de l'ordonnance de 1667, on avait résolu la question affirmativement ; mais la déclaration du 14 août 1701 décida qu'on ne pourrait plus demander son renvoi que du chef des parents ou alliés de la partie adverse, ou de l'une des parties adverses, s'il y en avait plusieurs (1).

L'évocation en matière criminelle était soumise à quelques règles spéciales (2). Ainsi elle n'était pas permise du chef des parents ou alliés des procureurs généraux dans les procès où ils n'avaient aucun intérêt personnel : il paraît que les alliances et parentés des procureurs généraux avaient souvent été invoquées par des accusés à bout de ressources pour ralentir le cours de la justice. L'accusé ne pouvait pas non plus évoquer du chef des parents ou alliés de ses complices, ni du chef des parents ou alliés des cessionnaires des intérêts civils (3).

(1) Déclaration du 14 août 1701 (Néron, II, p. 320).

(2) Edit du 31 mars 1710 (d'après Néron, II, p. 446 et s.) ; Ordonnance de 1737.

(3) Pour plus amples détails sur les évocations, consulter les Ordonnances de 1669 et de 1737. — Signalons aussi la Déclaration du 2 octobre 1694 (Néron, II, p. 257), qui dispensait de récusations et d'évocations les magistrats de la Cour des Aides dans toutes les affaires concernant les Fermes.

SECONDE PARTIE

LE DROIT MODERNE

I

Législation révolutionnaire⁽¹⁾

Les penseurs et les philosophes qui, à la fin du XVIII^e siècle, se virent arrachés à leurs livres et jetés brusquement dans le tourbillon des affaires politiques, avaient conçu la généreuse utopie de rendre la société parfaite et les hommes idéalement heureux. Frappés des abus sans nombre de l'ancien régime, ils en renversèrent de fond en comble toutes les bases et toutes les institutions pour édifier un nouvel état de choses sur des principes diamétralement opposés. Ils furent essentiellement des réformateurs, et ils ne laissèrent rien sans le réformer : c'est du moins ce que l'on croit généralement, c'est ce qu'ils croyaient eux-mêmes de la meilleure foi du monde, c'est ce qu'en réalité ils accomplirent sur beaucoup de points, mais non sur tous. En ce qui concerne l'alliance en particulier, ils ne modifièrent profondément qu'un seul de ses

(1) Consulter : Sirey, *Code civil intermédiaire*, 2^e édit., Paris, 1810, 4 vol. — Proudhon, *Cours de législation et de jurisprudence françaises*, Besançon, an VII. 2 vol. — Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, Paris, 1899.

effets, l'empêchement de mariage ; et ce n'est pas sans une certaine surprise que l'on voit en l'an VII Proudhon baser la plupart de ses solutions en matière d'alliance sur des ordonnances royales et reconnaître que les degrés se comptent encore d'après la supputation canonique (1).

De tous les effets de l'alliance, l'empêchement de mariage, avec les proportions exagérées que lui avait données le droit canonique, était bien celui qui nécessitait la réforme la plus urgente et la plus radicale. Cette réforme fut opérée par la loi du 20 septembre 1792, dont l'article 11 (section 1^{re}, titre 4) était ainsi conçu : « Le mariage est prohibé entre les parents naturels et légitimes en ligne directe, entre les alliés dans cette ligne, et entre le frère et la sœur. » La sanction est contenue dans l'article 13 : « Les mariages faits contre la disposition des articles précédents seront nuls et de nul effet. » Ainsi, avec la violence de réaction qui caractérisa souvent les actes de la Révolution française, la loi de 1792 supprimait complètement l'empêchement d'affinité en ligne collatérale. La prohibition subsistait en ligne directe et n'était pas susceptible de dispense.

Il n'y avait pas entre alliés d'obligation alimentaire : il n'était dû d'aliments qu'entre parents, et entre époux même après le divorce, bien qu'alors l'alliance ne subsistât plus (2). Par contre, Proudhon reconnaît au beau-père, actionné par son gendre en paiement de la dot, le droit de

(1) Au moins pour les récusations de juges et les suspicions de témoins en matière civile (Proudhon, *op. citat.*, vol. 1).

(2) Décret du 14 messidor an II (Sirey, *op. citat.*, I, p. 152 ; Duvergier, *Collection complète des lois, ordonnances... etc.*, VII, p. 258). — Il s'agit ici d'une alliance entre époux, comme celle qu'on a déjà constatée en droit romain (chapitre premier, II).

retenir ce qui est nécessaire à sa subsistance : c'est le bénéfice de compétence tel que l'avait organisé le droit romain (1).

A l'exemple de certaines ordonnances royales, qui s'étaient elles-mêmes inspirées des coutumes romaines (2), le droit révolutionnaire tenta d'instituer une sorte de tribunal de famille. Le décret du 24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, contenait la disposition suivante : « S'il s'élève quelque contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, neveux et oncles, ou *entre alliés aux degrés ci-dessus* comme aussi entre pupilles et leurs tuteurs pour choses relatives à la tutelle, les parties seront tenues de nommer des parents ou à leur défaut des amis ou voisins pour arbitres devant lesquels ils éclairciront leur différend et qui... rendront une décision motivée (3). » Les contestations entre alliés jusqu'au degré d'oncle et neveu devaient donc être portées devant des arbitres, choisis parmi les parents, les alliés ou les amis des parties. Cette institution, peu conforme aux mœurs familiales modernes, ne semble pas avoir mieux réussi sous la Révolution que sous l'ancien régime. Elle fut abolie par la loi du 9 ventôse an IV et par l'article 1041 du Code de procédure civile (4).

Un acte ne pouvait pas être rédigé par un notaire ou

(1) V. *supra*, *Législation romaine*, chapitre quatrième, III.

(2) V. *supra*, *Législation romaine*, chapitre quatrième, I ; *Droit coutumier et législation des ordonnances*, chapitre premier, *in fine*.

(3) Décret du 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, titre X, art. 12 ; les articles suivants permettent d'en appeler de la décision de ces arbitres au tribunal du district (Duvergier, vol. 1, p. 372).

(4) Consulter : Sagnac, *op. citat.*, p. 311 ; Merlin, *Répertoire*, vol. 2, p. 47 et 48, v° Arbitrage.

avec le concours de témoins qui fussent parents ou alliés de l'une des parties au degré de cousins germains.

Jusqu'au même degré, deux parents ou alliés ne pouvaient faire partie du même tribunal : ainsi le décidait la Constitution (1). En ce qui concerne les parentés et alliances entre juges et justiciables, la Révolution n'avait édicté aucune règle nouvelle. En matière civile, on décidait, par application de l'ordonnance civile de 1667, que le juge, parent ou allié de l'une des parties jusqu'au degré d'enfants de cousins issus de germains, était récusable, à moins que les parties ne consentissent par écrit à ce qu'il ne fût pas récusé (2). En matière criminelle, Proudhon enseigne qu'il n'y a pas de règles concernant les parentés ou alliances entre le juge et l'accusé : nous croyons que sur ce point encore il y avait lieu d'appliquer l'ordonnance de 1667 (3).

Toujours en vertu de cette même ordonnance, on ne pouvait faire entendre comme témoins, en matière civile, les parents ou alliés des parties jusqu'aux enfants des cousins issus de germains inclusivement (4). On en exceptait le cas où il s'agissait de prouver l'âge des personnes ou de suppléer au défaut de registres de l'état civil (5). Au criminel, le Code des délits et des peines interdisait de

(1) Art. 207.

(2) Ordonnance civile de 1667, tit. xxiv, art. 1. — V. *supra*, *Droit coutumier et législation des ordonnances*, chapitre second, III.

(3) *Ibid.*, art. 2.

(4) Ordonnance de 1667, tit. xxii, art 11. — V. *supra*, *Droit coutumier et législat. des ordonnances*, chapitre second, I.

(5) Décret du 14 septembre 1793, art. 3. — Proudhon, qui rapporte cette disposition, cite à ce sujet une loi romaine : « *Etiam matris pro-fessio filiorum recipitur. Sed et avi recipienda est.* » (*Dig.*, l. 16, *De probationibus et præsumptionibus*, xxii, 3).

recevoir le témoignage, pour ou contre l'accusé, de ses parents en ligne directe, de ses frères et sœurs et de ses alliés aux mêmes degrés (1). S'il y avait plusieurs co-accusés, les parents ou alliés de l'un ne pouvaient témoigner pour ou contre les autres, le même fait ne pouvant être prouvé contre l'un des co-accusés sans l'être en même temps contre tous (2).

En matière administrative, les parents en ligne directe à l'infini, les parents en ligne collatérale jusqu'aux cousins germains et les alliés aux mêmes degrés, ne pouvaient être en même temps membres du Directoire, ni s'y succéder qu'après un intervalle de cinq ans (3). Dans les corps administratifs, les parents en ligne directe, les frères, l'oncle et le neveu, et les alliés aux mêmes degrés ne pouvaient être élus ensemble, ni se succéder qu'après un intervalle de deux ans (4) ; cette interdiction n'atteignait pas les cousins germains (5). Enfin certaines incapacités d'ordre politique atteignaient les parents et alliés rapprochés des émigrés (6).

(1) Code des délits et des peines, art. 358.

(2) Loi du 15 ventôse an IV.

(3) Art. 139 de la Constitution.

(4) *Ibid.*, art 176.

(5) Loi du 14 thermidor an VI (Duvergier, vol. 10, p. 380).

(6) Certains parents et les alliés jusqu'au degré de frère de tous les individus compris dans la liste des émigrés et non rayés définitivement étaient exclus, jusqu'après les quatre années qui devaient suivre la publication de la paix générale, de toutes fonctions législatives, administratives, municipales et judiciaires, de celles de hauts-jurés près la haute-cour nationale et de jurés près des tribunaux, ainsi que du droit de voter dans les assemblées primaires et d'y être nommés électeurs, à moins qu'ils n'eussent été membres de l'une des trois premières assemblées nationales, ou qu'ils n'eussent constamment, depuis l'époque de la Révolution, rempli des fonctions publiques au choix du peuple.

En résumé, sauf quelques modifications de détail, la Révolution française n'édicte de réforme vraiment importante sur l'affinité qu'au sujet de l'empêchement de mariage qui en résulte. Sur ce point, on l'a vu, le droit canonique avait édifié un vaste système de prohibitions, souvent originales, presque toujours intéressantes pour l'historien, mais dangereuses pour la sécurité des mariages et fertiles en difficultés pratiques. La Révolution eut le mérite de réduire à de justes proportions cet échafaudage condamné par l'expérience de plusieurs siècles.

(Proudhon, *op citat.*, p. 214). — Consulter : Loi du 3 brumaire au IV, art. 2; Loi du 19 fructidor an V, art. 9 et 10; Instruction du 18 ventôse an VI; Instruction du 6 germinal an VI.

II

Législation française actuelle ⁽¹⁾

Le droit révolutionnaire cesse et le droit français moderne commence à la promulgation du Code civil de 1804. Résultat d'une fusion des législations antérieures savamment opérée par d'éminents jurisconsultes sous l'énergique impulsion du Premier Consul, le Code civil contient en effet la majeure partie de notre législation actuelle, et c'est en lui que nous devons chercher la plupart des dispositions qui ont trait à l'alliance. Depuis près de cent ans qu'il existe et qu'il sert de modèle aux législateurs étrangers, il a néanmoins subi d'importantes modifications : en ce qui concerne l'alliance, il convient de signaler notamment la loi du 16 avril 1832, qui a autorisé moyennant dispenses les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, que le Code civil prohibait d'une manière absolue.

(1) Consulter : Ouvrages généraux : Les *Cours de Code civil* de MM. Duranton, Delvincourt, Toullier, Valette, Demolombe, Aubry et Rau. — Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1899, vol. 1.

Ouvrages spéciaux : Tissot, *Mariage et divorce*, Paris, 1868. — Schaller, *Mémoire pour solliciter la permission du mariage entre beau-frère et belle-sœur*, 1816. — X..., *Du mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, ou de la nécessité de rétablir en cette matière les anciennes dispenses civiles*, Paris, 1826. — Girault, *Etude pratique sur les dispenses d'alliance*, Paris, 1874. (Extrait du *Journal du ministère public*). — Eod. auctore, *De la prohibition du mariage entre le beau-frère et la belle-sœur*, Paris, 1874 (*Revue pratique*, t. 35, p. 269.) — X..., *Des dispenses d'alliance*, Paris, 1880.

Indépendamment du Code civil, nous aurons à recueillir, pour compléter notre étude sur l'alliance en droit français, plusieurs dispositions éparses dans le Code de procédure civile, le Code d'instruction criminelle et certaines lois spéciales.

Après un exposé de la théorie générale de l'alliance dans notre droit, trois chapitres seront consacrés à l'empêchement de mariage dont elle est la cause : ces chapitres auront pour objets respectifs la prohibition de mariage, la sanction de cette prohibition, et la condition des enfants issus de deux alliés. Deux chapitres contiendront enfin l'examen des autres effets de l'alliance, le premier comprenant ceux de ces effets qui appartiennent au droit civil, le second ceux qui relèvent des autres branches du droit.

CHAPITRE PREMIER

Généralités.

En l'absence d'une définition légale de l'alliance (1), voici celle que donnent en général les auteurs : l'alliance est le lien qui existe entre l'un des époux et les parents de l'autre. Cette définition est conforme à celle du *Digeste* et à celle de Pothier (2).

(1) Le Code n'a pas cru devoir définir l'alliance, bien qu'il ait donné une sorte de définition de la parenté (art. 736 et s.), il est vrai, au titre des Successions, où il ne pouvait être question de l'alliance.

(2) « *Conjungendæ adfinitatis causa fit ex nuptiis.* » (*Dig.*, l. 4, § 3, *De grad. et adfin.*, xxxviii, 10). — « L'affinité proprement dite est le

L'alliance ne se forme qu'entre l'un des conjoints et les parents de l'autre. Il n'y a donc pas alliance entre les parents respectifs des deux époux ; ainsi, supposons qu'un veuf ayant un fils épouse une veuve ayant une fille : ce fils et cette fille ne sont pas alliés, même s'il naît un enfant du second mariage de leurs parents (1). Il n'y a surtout pas alliance entre les alliés respectifs des deux époux : ainsi un mari est bien le beau-frère de la sœur de sa femme, mais non pas du mari de cette sœur (2). Dans le monde on croit souvent le contraire, et l'on a vu par notre étude de droit canonique que cette erreur peut avoir une excuse historique.

De la définition que nous avons donnée, il résulte que l'alliance se base sur une parenté. Aussi emprunte-t-elle à cette parenté sa ligne, son degré, sa nature et une partie de ses effets.

Elle lui emprunte sa ligne et son degré, en ce sens qu'un époux devient l'allié des parents de son conjoint au degré et dans la ligne de leur parenté : ainsi un parent du mari au second degré en ligne collatérale devient l'allié de la

rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage et les parents de l'autre conjoint. » (Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 150).

(1) Il arrive alors cette chose curieuse que ce fils et cette fille peuvent se marier l'un avec l'autre, bien qu'ils aient, on le suppose, un frère commun (consanguin pour l'un, utérin pour l'autre) né du mariage de leurs parents ensemble.

(2) De même le mariage est permis entre un individu et la veuve du frère de sa première femme : Lettres du ministre de la justice au procureur du roi de Riom (je n'ai pu retrouver la date de ces lettres : elles sont certainement antérieures à 1825, puisqu'on les trouve citées dans un ouvrage paru cette année-là : Vazeille, *Traité du mariage*). — On exprime cette idée par les adages suivants : *Affinitas non parit affinitatem* ; *Affines inter se non sunt affines*. — V. sur ce point : Cass., 7 prairial an XIII (S., 5, 2, 341) ; Pau, 9 novembre 1831 (S., 32, 2, 385).

femme au second degré en ligne collatérale, et inversement (1).

L'alliance emprunte aussi à la parenté sa nature, c'est-à-dire que l'un des époux est l'allié légitime, naturel ou adoptif des parents légitimes, naturels ou adoptifs de l'autre (2). L'alliance légitime est la plus ordinaire. On retrouvera l'alliance naturelle au chapitre de l'empêchement de mariage et l'on verra quels sont les deux sens dans lesquels on peut l'entendre. Quant à l'alliance adoptive, son admission fait quelque difficulté : la Cour de cassation l'a reconnue, par un arrêt solennel du 6 décembre 1844, contrairement aux décisions des tribunaux d'Issoire et de Clermont-Ferrand (3), et la doctrine se prononce généra-

(1) Dans notre droit l'alliance, comme la parenté, se compte d'après le mode de computation civile, tel qu'il est décrit par les articles 737 et 738 du Code civil, et non d'après le mode de computation canonique en usage dans l'ancien droit et sous la Révolution française.

(2) De même l'un des époux est l'allié adultérin ou incestueux des parents adultérins ou incestueux de son conjoint : cette solution a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1809 (S., 9, 1, 136).

(3) Le tribunal d'Issoire avait jugé contre le préfet du Puy-de-Dôme que Prieur et Triozon-Saulnier (celui-ci ayant épousé la fille adoptive de celui-là) pouvaient être membres du même conseil municipal, malgré l'article 20 de la loi du 21 mars 1831, interdisant l'entrée dans le même conseil de deux parents ou alliés au degré de père et de fils : pour le tribunal, l'adoption ne créait pas d'alliance. Sur pourvoi du préfet, la chambre civile cassa (30 novembre 1842, D., 43, 1, 13) et renvoya devant le tribunal civil de Clermont-Ferrand qui jugea dans le même sens que les premiers juges (27 mars 1843). Nouveau pourvoi du préfet. La Cour de cassation, toutes chambres réunies, cassa de nouveau en décidant qu'il se formait une alliance entre un époux et tous les parents de l'autre, même adoptifs. Le procureur général Dupin avait fait remarquer que, la prohibition de l'article 20 de la loi du 21 mars 1831 ayant pour but d'assurer l'indépendance des votes, il fallait se défier encore davantage, à ce point de vue, de l'alliance adoptive

lement dans le même sens que la Cour suprême. Il faut reconnaître d'ailleurs que la question n'offre pas un grand intérêt pratique, l'alliance adoptive étant chose encore plus rare que l'adoption elle-même.

L'alliance emprunte enfin à la parenté ses effets. Cela n'est exact qu'en principe, car il est des effets de la parenté que la loi ne reconnaît pas à l'alliance : tels sont les droits de succession, le droit de demander l'interdiction, les droits et les obligations qui découlent de la puissance paternelle.

On a vu que l'alliance se formait par le mariage : cesse-t-elle à la dissolution de celui-ci ? Nous avons cru devoir répondre affirmativement à la même question posée successivement en droit romain et dans notre ancien droit, où s'était accrédité l'adage : *Morte ma fille, mort mon gendre*. Mais ce qui était vrai à Rome et dans l'ancienne France ne l'est plus sous l'empire du Code civil. Aujourd'hui, lorsque le mariage est dissous et qu'il n'en reste pas d'enfants, certains effets de l'alliance engendrée par ce mariage cessent de se produire : c'est ce que décide l'article 206 du Code civil en ce qui concerne l'obligation alimentaire (1). Il n'en résulte pas que l'affinité soit dissoute : en l'absence d'un texte formel, il faut au contraire décider qu'elle subsiste et qu'elle continue à produire ses effets, sauf dans les cas spécialement prévus par la loi (2). La

que de l'alliance ordinaire, l'adoption imposant des devoirs de reconnaissance qui sont ordinairement l'origine d'une déférence plus grande qu'en cas d'alliance ordinaire (D., 45, 1, 10 ; S., 45, 1, 116).

(1) V. aussi Code de procédure civile, art 283 et 378-2°.

(2) Il y a même, avons-nous vu, un effet que l'alliance peut produire seulement après la dissolution de l'union : c'est son effet comme empêchement de mariage ; tant que le premier mariage subsiste, il ne peut être question d'en contracter un second.

doctrine, après avoir été divisée sur la question, semble enfin se former dans le sens que nous venons d'indiquer et où l'a précédée d'ailleurs une jurisprudence à peu près constante (1).

CHAPITRE DEUXIÈME

Prohibitions de mariage entre alliés.

La Révolution française avait été une réaction contre l'ancien régime, le Code civil fut lui-même une réaction contre la Révolution française (2). Cette idée, que nous croyons exacte en thèse générale, l'est spécialement en ce qui regarde l'empêchement de mariage résultant de l'al-

(1) V. les opinions conformes des auteurs : Demolombe, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, Planiol. — Bruxelles, 11 juin 1812 (S., 13, 2, 220); Dijon, 6 janvier 1827 (S., 27, 2, 85; D., 27, 2, 75); Cass. 24 février 1825 (S., 25, 1, 273; D., 25, 1, 119); Cass. 16 juin 1834 (S., 34, 1, 729 et 733; D., 34, 1, 249-250); Dijon, 26 décembre 1888 et 30 janvier 1889 (S., 89, 2, 32). — Il en est ainsi même au cas d'alliance naturelle : un veuf ne peut pas épouser la fille naturelle de sa défunte épouse : Paris, 18 mars 1850 (S., 50, 2, 593; D., 51, 2, 30). — Jugé cependant que l'alliance entre un individu et les enfants d'un premier lit de sa femme cesse par la mort de cette dernière sans enfants de son second lit; qu'en conséquence le vol commis par une de ces personnes au préjudice de l'autre ne peut plus être excusé en vertu de l'article 380 du Code pénal : Cass., 11 avril 1822, D., *Jur. génér.*, v° *Parenté-alliance*, n° 16. — En faveur de la cessation de l'alliance lors du décès sans enfants, v. Paris, 12 février 1853, D., 53, 2, 88. — On admet aussi que l'affinité ne cesse pas par l'annulation du mariage.

(2) M. Sagnac (*Législation civile de la Révolution française*, Paris, 1899) lui en fait même un reproche, spécialement en ce qui concerne la condition de la femme et le sort des enfants illégitimes.

liance. Désireuse d'éviter les difficultés auxquelles avait donné lieu sa trop grande extension sous l'ancien régime, la Révolution avait complètement supprimé cet empêchement en ligne collatérale. Le Code civil, trouvant sans doute que l'empêchement ainsi réduit à la ligne directe était par trop restreint, l'étendit au premier degré de la ligne collatérale. Comme il arrive souvent, cette réaction dépassa peut-être la mesure. Toujours est-il que le législateur dut se remettre à l'œuvre, pour aboutir en 1832 à une transaction entre les deux systèmes du Code et de la Révolution.

On examinera successivement l'empêchement d'alliance dans la ligne directe et dans la ligne collatérale.

I. — EMPÊCHEMENT D'ALLIANCE EN LIGNE DIRECTE.

« En ligne directe, dit l'article 161 du Code civil, le mariage est prohibé entre les ascendants et descendants légitimes ou naturels et les alliés dans la même ligne. »

Le mariage est donc interdit entre un veuf et la fille de sa première femme, entre une veuve et le fils de son premier mari. De même un gendre ne peut épouser sa belle-mère, ni une bru son beau-père. Malgré la clarté du texte qu'on vient de lire, le garde des sceaux fut consulté sur le point de savoir si un homme pouvait contracter mariage avec la fille de sa première femme décédée sans enfants de lui, et si des dispenses étaient nécessaires : le ministre répondit avec raison qu'un tel mariage lui paraissait si bien prohibé par l'article 161 du Code civil qu'il était surpris qu'il eût pu rester quelque doute à cet égard (1).

(1) Décisions des 22 janvier 1823 et 19 juillet 1843.

Voici d'ailleurs au sujet de cette prohibition les paroles de l'orateur du gouvernement : « Ce que nous disons des père et mère et de leurs enfants, naturels et légitimes, s'applique en ligne directe à tous les ascendants et descendants et alliés dans la même ligne. Les causes de ces prohibitions sont si fortes et si naturelles, qu'elles ont agi presque par toute la terre, indépendamment de toute communication... Ces prohibitions ne sauraient être susceptibles de dispenses. Il n'est pas au pouvoir des hommes de légitimer les contraventions aux lois de la nature (1). »

La prohibition de mariage entre alliés en ligne directe atteint de toute évidence les alliés légitimes. Vise-t-elle aussi les alliés naturels ? La question est controversée. Il faut, croyons-nous avec la jurisprudence, établir une distinction entre les deux significations que peut avoir l'expression *affinité naturelle*, distinction qui semble avoir échappé à un grand nombre d'auteurs.

Supposons qu'un homme ait eu des relations hors mariage avec une femme. Est-il devenu par là-même un allié naturel des parents de cette femme, de sa fille par exemple, et lui est-il impossible d'épouser cette fille ? Le droit canonique répond affirmativement (2). Mais, dans notre législation actuelle, la solution doit être différente. En effet, le mariage seul produit l'alliance ; or ici il n'y a pas eu mariage : en l'absence d'un texte formel, il faut donc décider que le concubinage ne crée pas d'alliance. Un semblable lien ne pourrait d'ailleurs être établi que diffi-

(1) Portalis, *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage*, présenté le 16 ventôse an XI (*Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par Jean-Etienne-Marie Portalis, publié par le vicomte Portalis, Paris, 1844, pp. 174 et s.)

(2) V. *supra* : *Droit canonique*, ch. premier et troisième.

cilement et par des moyens qui seraient peu en harmonie avec le genre de preuves admises par le Code civil en ce qui touche à l'état des personnes (1).

L'affinité naturelle peut s'entendre aussi dans un autre sens : elle peut désigner le lien qui unit l'un des époux aux parents naturels de son conjoint ; là il y a bien un mariage, et c'est ce mariage qui, s'appuyant sur une parenté naturelle déjà existante, établit l'alliance.

Certains auteurs n'admettent pas que cette alliance existe, ni surtout qu'elle forme un empêchement de mariage ; ils argumentent principalement des termes de l'article 161 qui parle des parents *légitimes ou naturels* et mentionne ensuite les alliés, sans aucun qualificatif, ce qui semble bien indiquer, disent-ils, qu'il n'est pas question des alliés naturels (2). D'autres prétendent au contraire, avec la jurisprudence, que les alliés naturels sont compris dans la prohibition de l'article 161, le mot *alliés* pris absolument désignant les alliés naturels comme les alliés légitimes et l'expression *alliés dans la même ligne* indiquant qu'il s'agit des alliés pris dans un sens aussi étendu que les parents. A notre avis, le texte peut s'étendre dans un sens aussi bien que dans l'autre, et c'est pour des raisons de morale et d'honnêteté publique que nous

(1) En ce sens : Merlin, Duranton, Valette, Demante, Demolombe ; en sens contraire : Marcadé, Vazeille, Allemand. — Il a été jugé que, bien qu'il n'y ait pas là un empêchement du droit civil, un mariage peut être annulé pour cette cause, s'il a été contracté sous l'empire du droit canonique, notamment dans les Etats sardes sous l'empire de l'article 108 du Code civil albertin qui soumettait le mariage des catholiques aux lois ecclésiastiques, Chambéry, 7 février 1885 (D., 85. 2, 241.) — Voir aussi sur la question un arrêt de Nîmes, 3 décembre 1811 (S., 12, 2, 438.)

(2) V. Duranton, II, n° 158 ; Dalloz, *Jur. gén.*, x, p. 46, n° 11.

admettons l'existence d'un empêchement de mariage entre alliés en ligne directe, c'est-à-dire entre un époux et les ascendants ou descendants naturels de son conjoint.

Comment cette affinité naturelle devra-t-elle être prouvée ? Elle ne pourra être établie qu'autant que le sera la parenté naturelle qui lui sert de base. Cette parenté une fois constante, on prouvera l'alliance en prouvant le mariage qui lui a donné naissance.

L'alliance naturelle ne pourra donc pas être prouvée par la notoriété publique. Cette solution est conforme aux principes de la filiation naturelle ; et d'ailleurs ne serait-il pas dangereux d'admettre en une matière aussi grave la notoriété publique qui n'est trop souvent que « l'œuvre imprudente ou coupable du commérage ou de la malignité propagée par l'inconséquence ».

D'une manière générale d'ailleurs, la preuve testimoniale n'est pas admissible ici. En effet, si c'est la paternité naturelle qu'on doit prouver pour établir l'alliance, on se heurte à l'article 340 qui interdit la recherche de la paternité ; cet article admet, il est vrai, une exception au cas d'enlèvement ; mais ce n'est qu'au profit des parties intéressées, et l'on ne voit pas bien quel genre d'intérêt pourrait invoquer un individu désireux de prouver une alliance pour s'opposer à la célébration d'un mariage (1). Si c'est au contraire la maternité qu'il s'agit d'établir, la preuve n'en est pas non plus recevable, parce qu'aux termes de l'article 341 elle n'est permise qu'à l'enfant, au moins d'après la théorie de la jurisprudence (2).

(1) Cependant, si, à la suite d'un enlèvement, il y avait eu recherche et déclaration de paternité, le jugement qui l'aurait constatée pourrait être invoqué comme preuve d'alliance naturelle.

(2) V. notamment : un arrêt de Cass., 3 avril 1872 (D., 72, 1, 113 ;

L'empêchement d'alliance naturelle ne peut donc être invoqué que si cette alliance est légalement établie, soit par une reconnaissance volontaire, soit par une reconnaissance judiciaire.

Ce que nous avons dit de l'alliance naturelle s'applique aussi à l'alliance adultérine ou incestueuse, avec cette différence qu'ici la reconnaissance judiciaire est seule possible : une reconnaissance volontaire constatant une filiation adultérine ou incestueuse serait nulle aux termes de l'article 335 et ne pourrait dès lors servir à prouver l'affinité.

II. — EMPÊCHEMENT D'ALLIANCE EN LIGNE COLLATÉRALE.

L'article 162 du Code civil est ainsi conçu : « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré. » Jusqu'en 1832, il n'y avait pas d'autre disposition concernant la prohibition de mariage entre alliés en ligne collatérale : le mariage était donc absolument interdit entre le beau-frère et la belle-sœur. Voici comment Portalis avait justifié cette mesure : « L'horreur de l'inceste du frère avec la sœur et des alliés au même degré dérive du principe de l'honnêteté publique. La famille est le sanctuaire des mœurs ; c'est là où l'on doit éviter avec tant de soin ce qui peut les corrompre. Le mariage n'est sans doute pas une corruption ; mais l'espérance du mariage entre des

S., 72, 1, 126.) — « Si la loi, dit Lahorie, doit protéger l'enfant qui ne demande qu'à jouir des droits que lui donne la nature, elle doit également garantir une femme de ces attaques et de ces recherches qui ne peuvent être dirigées contre elle sans nuire à sa réputation, le plus précieux de tous les biens pour une personne vertueuse. » (Discours du tribun Lahorie, sur le projet de la loi relative à la Paternité et à la Filiation).

êtres qui vivent sous le même toit, et qui sont déjà invités par tant de motifs à se rapprocher et à s'unir, pourrait allumer des désirs criminels et entraîner des désordres qui souilleraient la maison paternelle, en banniraient l'innocence, et poursuivraient ainsi la vertu jusque dans son dernier asile (1). »

Mais, même à cette époque, l'empêchement de mariage entre alliés collatéraux se bornait au degré de beau-frère et belle-sœur : l'union entre oncle et nièce, tante et neveu par alliance a toujours été licite en droit français moderne (2).

Les critiques ne furent pas épargnées à l'interdiction absolue du mariage entre le beau-frère et la belle-sœur : pendant plus de vingt ans on réclama qu'elle fût abrogée ou tout au moins atténuée par la possibilité d'obtenir des dispenses. Le droit canonique, malgré l'extrême étendue de son empêchement d'affinité, avait bien admis la concession de dispenses d'alliance à ce degré : le droit civil français allait-il rester moins libéral sur ce point ?

Ces doléances aboutirent enfin à la loi du 16 avril 1832, qui modifia ainsi l'article 164 : « Néanmoins, il est loisible au roi de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'article 162 aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'article 163, aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. » Pour l'exécution de cette loi, il fut adressé par le ministre de la justice aux

(1) Portalis, *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage*, présenté le 16 ventôse XI. (*Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par Jean-Etienne-Marie Portalis, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Paris, 1844, p. 175 et s.).

(2) Instruction ministérielle du 17 mai 1819 ; Lettres du garde des sceaux au procureur du roi de Riom (sur ces Lettres, v. *supra*, p. 212, note 2) ; Cass., 10 novembre 1858 (S., 59, 1, 69 ; D., 58, 1, 466.)

procureurs généraux une instruction très développée, se référant à l'arrêté du 20 prairial an XI, dont les principales dispositions s'appliquent ici (1).

Cette circulaire annonce la formelle intention du ministre de suivre rigoureusement la prescription de la loi exigeant que toute dispense soit justifiée par des causes graves ; elle recommande en conséquence aux procureurs généraux et à leurs substituts l'attention la plus vigilante dans la recherche et l'examen de ces causes.

En principe elle ne considère pas comme cause suffisante l'existence antérieure d'un commerce charnel entre les parties : ce serait donner un encouragement à la corruption des mœurs, tandis qu'il importe de maintenir dans l'application de la loi une sévérité de principes qui, laissant au scandale sa flétrissure, conserve à la morale publique tous ses droits et au bon ordre des familles toutes ses garanties (2). Elle signale comme circonstances pouvant rendre favorable la demande de dispense, l'intérêt des enfants nés du premier mariage, la conservation d'un commerce ou d'une exploitation dont la ruine blesserait des intérêts importants, l'avantage de procurer à l'un des époux un état ou des moyens d'existence, la possibilité de

(1) V. la loi du 16 avril 1832 et la circulaire ministérielle du 28 avril de la même année : S., 32, 2, 119, et la note. — V. l'arrêté du 20 prairial an XI : S., 3, 2, 211.

(2) Mais que décider si ce commerce était suivi de grossesse : c'était la principale cause de dispense indiquée par une lettre du ministre de la justice aux procureurs généraux, du 10 mai 1824 (S., 29, 2, 285). — D'ailleurs une décision du 26 janvier 1835 ordonne au procureur, si un ou plusieurs enfants sont nés du commerce des personnes qui sollicitent des dispenses, de veiller à ce qu'on joigne au dossier un extrait en bonne forme de l'acte de naissance des enfants ; c'est donc bien qu'en ce cas la demande de dispense est recevable.

prévenir un procès ou d'y mettre fin, d'empêcher un partage, de faciliter un arrangement de famille (1).

Enfin la circulaire indique les pièces à produire avec la demande : actes de naissance des impétrants ou actes de notoriété en tenant lieu ; actes propres à justifier le degré d'alliance ; acte de décès du premier conjoint ; preuve du consentement des ascendants ou leurs signatures apposées à la demande ; enfin avis motivé du procureur général (2).

Une autre circulaire, du 16 juillet 1839, édicte des mesures spéciales pour les cas où il paraîtrait utile de faire aux parties remise totale ou partielle des droits de sceau qu'elles doivent normalement acquitter (3).

En pratique, on semble s'être un peu départi de la ri-

(1) Le Procureur doit aussi chercher à pressentir l'impression que pourra produire sur l'esprit de la population locale la célébration du mariage projeté.

(2) Les pièces, réunies par le procureur de la République et accompagnées d'une lettre ouverte de lui, sont envoyées au Procureur Général : le parquet de la Cour examine le dossier et le complète au besoin avant de le transmettre à la Chancellerie. — Les lettres patentes portant dispenses d'alliance ne doivent pas rester en dépôt au greffe, elles sont enregistrées, sur les réquisitions du ministère public et en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, sur un registre spécial tenu au greffe ; il en est ensuite délivré une expédition pour être annexée à l'acte de célébration du mariage ; enfin elles sont remises aux impétrants avec la mention de l'enregistrement au revers (Arrêté du 20 prairial an XI et circulaire du 28 avril 1832).

(3) S'il existe un enfant d'un premier mariage de l'un des impétrants, le Procureur doit s'assurer par tous les moyens en son pouvoir que l'union projetée n'est pas de nature à blesser les intérêts de cet enfant. (Décisions du 9 juin 1834 et du 3 février 1835). — Les dossiers relatifs aux demandes de dispenses ne doivent être transmis à la Chancellerie qu'après l'expiration de l'année depuis le décès du premier conjoint. (Décision du 25 mars 1840). — V. aussi les Instructions du ministre de la justice en date des 16 août 1817, 11 mars 1822, 18 août 1823, 10 mai 1824, et la circulaire du 11 novembre 1875.

gueur prônée par la circulaire de 1832. Les demandes de dispenses n'ont fait qu'augmenter chaque année, et dans la majorité des cas il leur est réservé un accueil favorable, si favorable même qu'on se demande si à l'heure actuelle l'exception n'est pas devenue la règle (1).

Nous n'examinerons pas la question de savoir si le gouvernement peut révoquer une dispense après l'avoir accordée, car, même s'il en a le droit théoriquement, nous ne croyons pas qu'il soit jamais tenté de le faire : une pareille révocation prêterait à trop d'arbitraire et entraînerait surtout des conséquences par trop funestes pour la sécurité des mariages.

Par contre, il semble bien que le gouvernement puisse accorder des dispenses destinées à légitimer un mariage déjà contracté par erreur ou sciemment entre beau-frère ou belle-sœur : c'était la solution admise en droit canonique. Sous le Code civil et la loi de 1832, la question est cependant discutable (2).

(1) C'est ce que constatait déjà en 1844 M. Faure, secrétaire du Procureur Général près la Cour royale de Riom : « Le terme moyen de ces demandes, écrit-il, dans le seul ressort de Riom (important il est vrai) s'est élevé, terme moyen depuis 1832, à soixante-dix par année, et c'est à peine si dix d'entre elles sont rejetées. » (Faure, *Répertoire administratif des parquets*, Clermont-Ferrand, 1843-1844, vol. 2, p. 13). — En 1867 et 1868, on en a refusé 27 sur 1404 et 24 sur 1340 (Girault, *De la prohibition du mariage entre le beau-frère et la belle-sœur*, Paris, 1874, p. 14 et 18).

(2) V. *infra*, dans notre *Conclusion*, note 1, l'article 84 du Code autrichien.

CHAPITRE TROISIÈME

Sanction de l'empêchement d'alliance.

Dans le droit romain et dans l'ancien droit français, il existait deux sanctions de l'empêchement d'alliance : d'une part, le mariage contracté au mépris de cet empêchement était nul ; d'autre part, il constituait le crime d'inceste et était passible comme tel de peines spéciales. Dans notre législation actuelle, l'inceste n'est plus puni, ou du moins il ne l'est que dans la personne des enfants qui en naissent, comme on pourra le voir au chapitre suivant. Il ne reste donc plus aujourd'hui qu'une sanction de l'empêchement d'alliance, la nullité du mariage : au cas de bonne foi des époux, la rigueur de cette sanction peut même être atténuée par l'admission d'un mariage putatif.

On examinera successivement, dans leur application à l'union contractée entre alliés au degré prohibé, ces deux théories de la nullité du mariage et du mariage putatif.

I. — NULLITÉ DU MARIAGE.

Comme toutes les autres causes de nullité, quelque graves qu'elles soient, l'alliance au degré prohibé n'empêche pas le mariage de subsister, jusqu'à ce qu'il soit attaqué et même jusqu'à ce qu'il soit déclaré nul par les tribunaux. C'est l'application du principe formulé par Tronchet « que jamais le mariage n'est nul de plein droit,

qu'il y a toujours un titre et une apparence qu'il faut détruire (1). »

La nullité résultant de l'alliance appartient à la catégorie des nullités dites absolues, basées sur l'ordre public. Il en résulte qu'elle n'est susceptible de se couvrir ni par la ratification de tous ceux auxquels appartient l'action en nullité, ni par un long espace de temps : *ordo publicus perpetuo clamat*. Il en est ainsi même pour les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs.

De ce que la nullité est absolue, il résulte aussi que le mariage peut être attaqué « soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public (2). »

Les époux peuvent demander la nullité de leur mariage : ce droit appartient même à l'époux qui au moment de la célébration du mariage connaissait le lien d'alliance faisant obstacle à la validité de l'union.

Le père, la mère et les ascendants des époux sont compris dans les personnes ayant intérêt à faire annuler le mariage, personnes auxquelles l'article 184 accorde l'action en nullité. Ils peuvent l'intenter en vertu d'un intérêt purement moral, indépendamment de tout intérêt pécuniaire. C'est ce qui résulte des articles 186, 187 et 191 du Code civil : l'article 186, en refusant l'action aux ascendants dans un cas spécial, la leur reconnaît implicitement dans les autres ; l'article 187, en n'accordant aux collatéraux et aux enfants d'un autre lit le droit d'attaquer le mariage que dans le cas où ils y ont un intérêt né et

(1) Procès-verbal du 5 vendémiaire an X.

(2) C. civil, art. 184.

actuel, prouve bien que l'intérêt pécuniaire n'est pas exigé des ascendants ; l'article 191 contient une opposition du même genre entre les ascendants et les personnes qui ont un intérêt pécuniaire.

Les ascendants peuvent intenter l'action en nullité du vivant des époux (arg. de l'art. 187). A leur défaut, le conseil de famille a le droit d'attaquer le mariage (arg. de l'art. 186). On ne peut opposer aux ascendants ni au conseil de famille, qui demandent la nullité pour cause d'alliance entre les époux au degré prohibé, la fin de non-recevoir de l'article 186 qui est spéciale au cas de mariage nul pour défaut d'âge (arg. des mots : dans le cas de l'article précédent).

Les *parents collatéraux* et les *enfants d'un autre lit* des époux, ou d'une manière plus générale *leurs héritiers*, ne peuvent, en vertu de l'article 187, intenter l'action en nullité qu'après la mort de celui des époux auquel ils succèdent, car c'est à ce moment-là seulement qu'ils ont intérêt à voir annuler le mariage : *non est hereditas viventis*. C'est en effet en vue de leur intérêt pécuniaire seul que la loi leur accorde l'action en nullité : « L'espérance d'accroître leur patrimoine ou leur fortune, dit Portalis, est le seul mobile de leur démarche ; cette espérance seule les anime. Ils n'ont aucune magistrature domestique à exercer sur des individus qui ne sont pas confiés à leur sollicitude. Ils ne doivent donc pas être admis à troubler un mariage uni et paisible. Ils ne doivent et ne peuvent se montrer que lorsqu'il s'agit de savoir s'ils sont exclus d'une succession par des enfants légitimes ou s'ils sont fondés à contester l'état de ces enfants et à prendre leur part dans cette succession. Hors de là

point d'action (1). » Une action fondée sur un pareil mobile ne saurait exciter beaucoup d'intérêt : « En thèse, des collatéraux ou des héritiers avides sont écoutés peu favorablement. Ils n'ont en leur faveur ni le préjugé de la nature ni l'autorité de la loi (2). » On doit donc, tout en rendant justice aux collatéraux, examiner leurs réclamations avec sévérité, relever avec soin les preuves de la validité du mariage, maintenir celui-ci dès qu'on ne peut établir contre lui de vice saillant et faire bénéficier les enfants de la légitimité s'ils ont la possession d'état constante exigée par les articles 320 et 321 du Code civil (3).

Ceux qui ne sont pas héritiers ou n'agissent pas comme tels peuvent attaquer le mariage s'ils y ont un intérêt né et actuel (art. 184). La loi ne dit pas quelles sont ces personnes ni quel est cet intérêt. Cet intérêt ne peut être qu'un intérêt de propriété ou de droits auxquels porte-

(1) Portalis, *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage, présenté le 16 ventôse an XI*.

(2) Portalis, *ibidem*.

(3) Les enfants pourraient aussi opposer aux collatéraux les actes de reconnaissance de leur qualité qui seraient émanés de ces héritiers, lors même qu'ils auraient été faits dans une autre contestation judiciaire. Il a été ainsi jugé dans un cas semblable rapporté, mais critiqué il est vrai, par Merlin (*Répert*, v^o *Mariage*, sect. 5, § 2, n^o 12). — L'action des collatéraux n'est donc recevable que dans les cas où elle est formellement autorisée par la loi : Cass., 9 janvier 1821 (S., 21, 1, 157.) Cependant la même Cour a décidé par arrêt du 22 juin 1819 (S., 19, 1, 438) : 1^o que l'intérêt d'empêcher les enfants issus du mariage de prendre le nom de la famille suffisait pour rendre recevable la demande en nullité formée par un collatéral ; 2^o qu'il n'y avait pas besoin d'un intérêt né et actuel quand en l'absence de l'acte de célébration on soutenait que le mariage n'avait pas eu lieu. — D'après l'opinion générale, il suffit que l'intérêt soit un intérêt pécuniaire ; il n'est pas nécessaire que ce soit un intérêt de succession. En sens contraire : Douai, 12 juillet 1838 (motifs). S., 39, 2, 256.

raient atteinte des droits opposés résultant d'un mariage valide sur les biens de l'un des époux en faveur de l'autre. Ainsi un créancier, privé par une donation contractuelle ou par la priorité d'une hypothèque légale des sûretés que lui offraient les biens de son débiteur, serait fondé à proposer la nullité du mariage ; ce droit lui appartiendrait pendant la vie des époux comme après le décès de son débiteur (1).

Le *ministère public* doit intenter l'action en nullité fondée sur l'empêchement d'alliance. Par sa nature et son institution mêmes, il est appelé à faire valoir les nullités absolues, édictées en vue du maintien de l'ordre et de la morale. C'est pour lui une obligation d'agir, même dans le cas d'un mariage entre beau-frère et belle-sœur, c'est-à-dire d'un mariage qui aurait pu être valablement contracté si les époux avaient demandé et obtenu des dispenses (2). Mais, comme son action n'a pour but que de faire cesser un scandale en réprimant un délit, elle cesse d'être recevable lorsque le mariage est dissous, parce qu'alors il n'y a plus ni délit ni scandale.

Par là même qu'il peut attaquer le mariage, le ministère public peut interjeter appel d'un jugement qui aurait déclaré le mariage valide. Mais, sauf discussion, il n'aurait

(1) Ainsi jugé, dans l'espèce d'un mariage entre beau-frère et belle-sœur, au profit d'un créancier du mari intéressé à faire tomber l'hypothèque légale de la femme : Metz, 7 février 1854 (S., 54, 2, 659 ; D., 54, 2, 217.)

(2) Il a été jugé que le ministère public est recevable à demander la nullité, même d'un mariage contracté à l'étranger entre beau-frère et belle-sœur français, encore que le mariage n'ait point reçu de publicité en France aux termes de l'article 171 du Code civil, et qu'aucun acte des deux époux n'annonce l'intention de se prévaloir du mariage pour régler leur état civil et celui de leurs enfants : Cass., 8 novembre 1824. S., 24, 1. 428.

pas le droit de faire appel d'une sentence qui aurait annulé un mariage valable selon lui (1).

Les effets de la validité du mariage consistent surtout dans l'obligation pour les époux de se séparer. Accessoirement, leur contrat de mariage est nul en tant que contrat de mariage : il ne peut valoir que comme acte d'association ordinaire, dont les effets sont soumis au droit commun et dont chaque associé peut demander la rupture. Enfin la nullité du mariage influe également sur le sort des enfants, comme on le verra au chapitre suivant.

Tout ce qu'on vient de lire sur la nullité du mariage pour cause d'affinité s'applique aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs comme aux mariages entre alliés en ligne directe. Il faut bien convenir que sur ce point notre loi n'est pas à l'abri de toute critique. En effet, le mariage entre beau-frère et belle-sœur aurait échappé à la nullité si les époux avaient préalablement obtenu des dispenses. Dès lors, il semble qu'en bonne législation cette union ne devrait être entachée que de nullité relative ; le mariage pourrait être ratifié, au moins par un long espace de temps et l'action en nullité n'appartiendrait qu'à certaines personnes limitativement déterminées : on la refuserait notamment aux époux, au moins à l'époux qui serait de mauvaise foi, et au ministère public. Tout au plus permettrait-on à celui-ci de forcer les conjoints à demander des dis-

(1) Cass., 1^{er} août 1820 et 5 mars 1821 (S., 21, 1, 154, 197, 232) : v. les motifs, surtout ceux du dernier arrêt. — En sens contraire : Bruxelles 1^{er} août 1808 ; Pau, 28 janvier 1809, rapportés et approuvés par Merlin, *Répert.*, v^o *Mariage*, sect. 6, § 3, n^o 3. — Dans l'espèce de l'arrêt de Pau, il y avait eu un faux : on aurait pu, tout en refusant au ministère public le droit d'appel, lui permettre de poursuivre le faux ; la requête civile eût ensuite permis aux parties de faire réformer le jugement.

penses, et ces dispenses légitimeraient rétroactivement le mariage, comme l'admettait notre ancien droit.

II. — MARIAGE PUTATIF.

Les effets rigoureux de la nullité du mariage peuvent être tempérés, si les époux l'ont contracté de bonne foi, par la faveur du mariage putatif.

La bonne foi des époux ou de l'un d'eux peut être basée sur une erreur de droit : la loi en effet ne distingue pas, et dans bien des cas l'erreur de droit est tout aussi excusable que l'erreur de fait (1). La bonne foi peut aussi résulter d'une erreur de fait : il faut alors supposer que les époux ne se savaient pas au moment du mariage unis par un lien d'alliance. Or, si cette hypothèse est à la rigueur admissible en cas d'alliance illégitime, elle paraît beaucoup moins vraisemblable si l'alliance est légitime ; il peut néanmoins se présenter des circonstances qui rendent excusable une semblable erreur de la part des époux : éloignement du lieu de leur domicile d'origine, absence de relations de l'un des époux avec sa famille, différence ou changement de noms.

La bonne foi se présume-t-elle ou doit-elle être établie par l'époux qui l'invoque ? Les avis sont partagés. En cas d'erreur de droit, on admet généralement que la bonne foi doit être prouvée. En cas d'erreur de fait, on a prétendu qu'il fallait appliquer l'article 2268 du Code civil, ainsi

(1) On a jugé que la bonne foi ne pouvait résulter que d'une erreur de fait : Colmar, 14 juin 1838 (S., 38, 2, 345 ; D., 38, 2, 177). — En sens contraire, jugé que la bonne foi peut résulter d'une erreur de droit : Paris, 9 messidor an XIII (S., 5, 2, 291) ; Paris, 18 décembre 1837 (S. 38, 3, 113) ; Limoges, 25 août 1841 (S., 42, 2, 484). V. Rapport de M. Madier de Montjau sous Cass., 11 août 1841 (S., 41, 1, 616).

conçu : « La bonne foi est toujours présumée et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. » Mais il s'agit là d'une présomption légale, spécialement édictée en matière de prescription : il semble donc qu'on ne puisse pas l'étendre d'un cas à un autre et que l'époux doive être obligé de prouver sa bonne foi. Nous croyons cependant qu'il ne faudrait pas se montrer trop rigoureux dans l'admission de cette preuve, mais plutôt favoriser l'intérêt des époux et surtout des enfants (1).

Qu'arrive-t-il le jour où la bonne foi des époux vient à cesser par suite de la découverte de leur erreur ? D'après certains auteurs, les époux doivent se séparer, car les enfants qu'ils concevraient désormais seraient incestueux. « Il serait donc possible que, dans le nombre des enfants nés d'une même union, il y en eût qui recueillissent tous les avantages que donne la bonne foi des père et mère, tandis que d'autres en seraient privés (2). » A notre avis, il n'en est pas ainsi ; il suffit qu'il y ait eu bonne foi au moment de la célébration du mariage (argument des mots : contracté de bonne foi, art. 201). Cette solution nous paraît plus juridique, en ce sens que, le mariage étant un contrat, il faut pour juger des conditions de sa validité se placer au moment où les parties ont contracté. D'ailleurs peut-on humainement exiger qu'un homme, découvrant l'empêchement qui s'opposait à son mariage, se sépare

(1) Il a été jugé que la bonne foi devait être présumée en cas d'erreur de fait : Paris, 9 fructidor an XIII (S., 5, 2, 216) ; Douai, 15 novembre 1819 (S., 21, 2, 156). — En sens contraire : Paris, 18 mai 1818 (S., 19, 2, 182). — Jugé que la bonne foi doit être présumée, même en cas d'erreur de droit : Aix, 11 mars 1858 (S., 59, 2, 17).

(2) Toullier, 1, n° 600. — V. les opinions conformes, sauf quelques divergences, de : Duranton (II, nos 358-363) ; Vazeille (*Traité du mariage*, I, n° 283), Proudhon (*Traité des personnes*, II, p. 5-6).

brusquement de son conjoint pour lequel il a pu concevoir une bien légitime affection, condamne à la honte et à l'opprobre des enfants innocents et dévoile publiquement la nullité de son mariage dont personne ne s'était peut-être avisé.

Si donc il y a eu bonne foi au moment de la célébration, le mariage produira tous ses effets, non seulement jusqu'au moment où l'action en nullité sera intentée, mais encore jusqu'au jugement prononçant la nullité. Les enfants conçus après le jugement définitif en dernier ressort, ou nés trois cents jours après sa date, pourraient être déclarés incestueux (art. 315, C. civ.).

En ce qui concerne les époux, les effets du mariage (exécution des conventions matrimoniales, maintien de la puissance paternelle et de la jouissance légale, conservation des droits de succession) se produiront en faveur de l'époux qui était de bonne foi, ou des deux époux si l'erreur avait été commune. En ce qui concerne les enfants, les effets du mariage putatif seront examinés dans le chapitre suivant.

CHAPITRE QUATRIÈME

Condition des enfants issus de deux alliés.

Il nous a paru utile d'examiner dans un chapitre spécial la condition des enfants nés de deux alliés au degré prohibé, en raison de l'importance de cette matière, en raison surtout des controverses auxquelles elle a donné

lieu et des réformes qu'elle semble appeler. D'une manière générale, ces enfants sont dits incestueux, quels que soient la ligne et le degré d'alliance existant entre leurs auteurs ; on distinguera néanmoins suivant que ceux-ci sont alliés en ligne directe ou en ligne collatérale.

S'il existe entre le père et la mère une alliance en ligne directe, de l'avis de tout le monde, les enfants sont incestueux. Qu'ils soient nés d'un commerce hors mariage, qu'ils doivent au contraire le jour à une union régulière ou paraissant telle, leur condition est la même : ils n'ont ni les droits des enfants légitimes, ni même ceux des enfants naturels simples ; ils ne peuvent être ni reconnus ni légitimés (1). En supposant même que leurs parents se soient mariés dans l'ignorance de l'empêchement qui s'opposait à la validité de leur union et puissent ainsi réclamer le bénéfice d'un mariage putatif, les enfants ne sont pas légitimes, car un mariage putatif ne saurait avoir des effets plus étendus qu'un mariage valable.

Leurs droits sont réglés par les articles 762, 763 et 764 du Code civil (modifiés par la loi du 25 mars 1896) qui, après la réglementation des successions déférées aux enfants naturels, statuent en ces termes : « Les dispositions des articles 756, 758, 759 et 760 ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux. — La loi ne leur accorde que des aliments. — Ces aliments sont réglés eu égard aux facultés du père et de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes. — Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant, l'enfant

(1) C. civil, art. 331 et 335.

ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession. » Ainsi donc, l'enfant incestueux se voit exclu de la succession de ses auteurs, non seulement par leurs héritiers légitimes ou naturels, mais encore par l'Etat (combinaison des articles 760 et 762). Il ne lui est dû que des aliments ; encore a-t-on le droit de les lui refuser si on l'a mis en état de s'en procurer par son propre travail. Pour qu'on l'autorise d'ailleurs à réclamer ces aliments, il faut que sa filiation incestueuse soit établie d'une manière légale, comme elle le serait par exemple si l'enfant était né d'un mariage postérieurement annulé pour vice d'inceste. Telle est en quelques mots la condition des enfants incestueux : comme on peut le voir elle n'a guère changé depuis le droit canonique.

Si le père et la mère de l'enfant étaient alliés l'un de l'autre en ligne collatérale, il semble bien que la condition de l'enfant doive être la même, la loi ne distinguant pas. On est loin cependant d'être d'accord, spécialement en ce qui concerne la légitimation par mariage subséquent des enfants nés de deux alliés en ligne collatérale au degré prohibé, c'est-à-dire nés d'un beau-frère et d'une belle-sœur. La différence vient de ce que la loi de 1832 a rendu les dispenses possibles à ce degré. Dès lors, supposons qu'un beau-frère et une belle-sœur entretiennent ensemble des relations d'où naissent des enfants ; ils demandent ensuite et obtiennent les dispenses nécessaires et s'unissent par un mariage régulier : ce mariage a-t-il pour effet de légitimer les enfants venus au monde antérieurement ?

Non, décide la doctrine d'une voix presque unanime, la légitimation de ces enfants n'est pas possible et cela pour

plusieurs raisons (1). En premier lieu, l'article 331 du Code civil interdit la légitimation des enfants nés d'un commerce incestueux : or tel est bien le cas des enfants nés de beau-frère et belle-sœur. En second lieu, le même article exige comme condition indispensable de la légitimation la reconnaissance préalable de l'enfant à légitimer : or la reconnaissance d'un enfant incestueux est impossible (art. 335, C. civ.). Enfin, la défense contenue dans l'article 331 de légitimer les enfants incestueux s'applique si bien aux mariages contractés avec dispenses qu'elle s'applique même à eux seuls. En effet la légitimation ne résulte dans notre droit que du mariage subséquent ; pour qu'elle puisse avoir lieu, il faut donc que le mariage soit possible : or il ne l'est entre parents ou alliés aux degrés prohibés que dans les cas susceptibles de dispenses. La légitimation des enfants incestueux, interdite par l'article 331, est donc bien celle des enfants nés de deux alliés au degré de beau-frère et belle-sœur (ou de deux parents au degré d'oncle à nièce et de tante à neveu). On ne peut pas, sous peine de prêter au législateur une naïveté, supposer qu'il a voulu parler des cas où le mariage est absolument interdit, et défendre par exemple à un beau-père et à sa belle-fille qui ont eu des enfants de leurs relations incestueuses de légitimer ces enfants par un mariage subséquent qu'il leur est impossible de contracter.

Ces considérations cependant ne sont peut-être pas

(1) Consulter en ce sens : Merlin, *Répert.*, v^o *Légitimation*, sect. 2, § 2, n^o 9 ; Favart, *Répert.*, même mot, § 1, n^o 4 ; Valette sur Proudhon, II, p. 168, et *Revue de législation*, tome VIII, p. 37 ; Delpech, *Recueil de l'Académie de législation*, II, p. 110. — Dans le même sens, Delvincourt, Duranton, Marcadé, Demolombe, Demante. — V. les arrêts et les autorités en sens contraire, cités en note à la fin de ce chapitre.

aussi décisives qu'elles le paraissent au premier abord, et l'opinion contraire, consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation, invoque à son tour d'excellents arguments.

Tout d'abord il est fort possible que les expressions générales et un peu vagues de l'article 331 soient moins l'effet d'une volonté réfléchie que de l'habitude d'assimiler l'enfant incestueux à l'enfant adultérin et d'appliquer au premier les prohibitions portées contre le second : il en est ainsi aux articles 335, 342, 762 et 764, où l'assimilation se justifie par une parité de motifs, qui n'existe peut-être pas avec la même force en matière de légitimation.

A supposer même qu'il n'en soit pas ainsi, l'article 331 a très bien pu être édicté pour des cas autres que celui du mariage contracté avec dispenses. Par exemple, un mariage a été contracté par fraude ou par erreur, entre deux alliés en ligne directe, par conséquent à un degré où les dispenses sont impossibles. Si ce mariage n'est attaqué par personne, il produit tous les effets civils attachés au mariage licite ; si au contraire il est attaqué et annulé, il se peut que les contractants aient été dans l'erreur, auquel cas leur bonne foi fera produire au mariage illégal ses effets dans l'intérêt des époux ou de l'un d'eux, et dans l'intérêt des enfants.

Or, dans ces deux hypothèses, il se peut qu'un enfant des deux époux, né d'un commerce antérieur au mariage et reconnu avant la célébration de celui-ci, réclame le bénéfice de la légitimation. L'article 331 trouvera ici son application, et c'est en vertu de cet article qu'on refusera la légitimation à l'enfant dont il s'agit. On peut raisonner de même, croyons-nous, au cas de mariage contracté entre

beau-frère et belle-sœur sans les dispenses nécessaires, si l'on n'admet pas qu'une dispense ultérieure puisse purger le vice de l'union.

Tel est le cas qu'ont dû prévoir les législateurs en édictant l'article 331 : la prohibition qu'il renferme était nécessaire pour empêcher la légitimation par mariage subséquent d'un enfant issu d'un inceste en ligne directe, mais elle n'empêche pas la légitimation de l'enfant né d'un beau-frère et de sa belle-sœur, légitimation opérée au moyen du mariage subséquent contracté avec dispenses par ses parents.

Cette interprétation peut se recommander d'un passage du discours du tribun Duveyrier au corps législatif : « Nous n'avons jamais connu que deux classes d'enfants naturels. Dans la première, les enfants naturels simples, nés de personne libres, *ex soluto et soluta* ; dans la seconde, les adultérins et les incestueux ; et l'inceste religieux étant désormais étranger à loi civile, ce dernier genre devient presque insensible, si l'on observe surtout qu'il n'y a point *inceste civil, dans les degrés prohibés auxquels le gouvernement peut accorder la dispense.* » Cela est d'autant plus admissible que, selon la remarque de Toullier « l'article 331, qui exclut du bienfait de la légitimation les enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux, ne définit point ce qu'il faut entendre par commerce incestueux ; et que ni le Code pénal de 1791, qui était la loi vivante au moment où le Code Napoléon fut rédigé, ni le nouveau Code des délits et des peines ne peuvent servir à fixer nos idées, parce qu'ils ne contiennent aucune disposition relative à l'inceste (1). » Les

(1) Toullier, II, n° 932. — Le baron Roger disait en 1832 : « En vain

textes postérieurs en date se sont également abstenus de définir l'inceste.

De ce silence un peu singulier, il semble qu'on puisse tirer deux conclusions : la première, c'est que notre loi n'a pas entendu réformer sur ce point l'ancien droit, d'après lequel le mariage avec dispenses purgeait le vice du commerce antérieur (1) ; la seconde, c'est que le législateur a voulu s'en référer pour la définition de l'inceste à la loi naturelle qui semble bien ne proscrire les mariages entre alliés que dans la ligne directe (2). La prohibition du mariage entre beau-frère et belle-sœur est donc moins une prohibition absolue basée sur l'idée d'inceste, qu'une interdiction relative, une sorte de disposition réglementaire, commandée par de hautes considérations de morale publique et privée. La preuve en est que la loi autorise dans ce cas la concession des dispenses : une loi oserait-elle dire que le chef de l'Etat aura le droit d'autoriser un inceste ?

la loi s'obstine pour assimiler à l'inceste l'union entre beaux-frères et belles-sœurs, la raison publique se refuse à ce mensonge. »

(1) Consulter Pothier, n° 414 ; Rousseau de Lacombe, v° *Légitimation*, sect. 1, n° 2. — Voët (liv. 25, tit. 7, n° 9) s'exprime ainsi : « *Diversum esset, si ex conjunctionibus SOLA LEGE CIVILI incestuosis proles... nata esset ; deinceps vero nuptiæ, per interpositam a principe dispensationem, celebratæ fuissent... eo quod subsequuta legis civilis prohibentis laxatio, licitam effecit, vel vitio PURGAVIT RETRO conjunctionem illam quæ SECUNDUM JUS NATURÆ interdicta non est.* » Un arrêt du 11 août 1738 confirma une sentence de la Sénéchaussée d'Auvergne par laquelle les sieurs et dame de La Fosse avaient été déboutés de leur demande tendant à ce qu'il fût fait défenses à Marien de prendre le nom et les armes de la maison d'Aubusson : ce Marien était né avant le mariage de Pierre-Antoine et de Marguerite d'Aubusson, cousins germains qui s'étaient mariés depuis avec dispenses.

(2) V. un passage de Voët, note précédente.

Enfin, même si l'on persiste à voir dans l'union d'un beau-frère et de sa belle-sœur une union incestueuse, pourquoi les dispenses ultérieurement obtenues n'effaceraient-elles pas ce caractère incestueux dans le passé comme elles l'effacent dans l'avenir, alors surtout que la grossesse de la femme et à plus forte raison l'existence d'un enfant sont les causes les plus graves de dispenses et les plus propres à les faire obtenir (1)? Ne serait-il pas inique que l'enfant, dont l'existence aurait été l'occasion et la cause impulsive du mariage, fût repoussé de la famille et frustré de l'héritage des parents par ses frères eux-mêmes qui lui devaient leur naissance et leur état? Cette inégalité choquante, qui résulterait du refus de la légitimation, a été fort éloquemment repoussée à la Chambre des députés par M. Dupin, lors de la discussion de la loi du 16 avril 1832: « On verrait, s'écria-t-il, des enfants nés d'un même père et de la même mère, dans la même maison, à la même table, en présence des premiers qui n'auraient ni état, ni droit au partage; et à moins que les parents ne voulussent les punir d'un crime qui ne fut pas le leur, il faudrait que le même foyer ralliât des enfants légitimes et des enfants incestueux (2). »

Ces arguments ont sans doute paru convaincants à la Cour de cassation qui, malgré les arrêts rendus en sens contraire par certaines Cours d'appel, a toujours décidé que le mariage contracté avec dispenses par deux alliés au degré de beau-frère et de belle-sœur légitimait les

(1) V. sur ce point l'instruction du 10 mai 1824 du ministre aux procureurs du roi, et la circulaire aux procureurs généraux du 27 octobre 1848.

(2) *Moniteur* du 4 mars 1838. — M. Roger, auteur de la proposition qui a préparé la loi de 1832, s'était exprimé dans le même sens.

enfants issus des relations antérieures des deux époux (1). Nous reconnaissons cependant que la question est très discutable et que l'article 331 gagnerait à être conçu en termes plus précis (2). Mais dans le doute il semble préférable d'adopter la solution la plus favorable aux intéressés, c'est-à-dire en l'espèce d'admettre la légitimation (3).

(1) En ce sens : Amiens, 14 janvier 1864 (S., 64, 2, 11); Cass., 22 janvier 1867; D., 67, 1, 10 (deux arrêts cassant ceux en sens contraire de Douai, 1^{er} juillet 1864, D., 64, 2, 123; S., 64, 2, 182, et de Colmar, 13 mars 1866, D., 66, 2, 60); Douai, 29 mars 1873, (D., 73, 2, 172-173), et sur pourvoi Req., 27 janvier 1874 (D., 74, 1, 216; S., 74, 1, 108); Rennes, 17 juin 1879 (D., 80, 2, 5). — Dans le même sens : Toullier, II, 933; Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 261; Allemand, *Traité du mariage*, II, 651 et s.; Pont, *Revue de législation*, t. 8, p. 150, et le *Droit* du 24 juin 1857; Huc, *Revue critique*, t. 9, p. 242.

(2) Le 6 mai 1872, M. Mazerat a présenté un projet de loi tendant à « modifier la rédaction des articles 331 et 335 du Code civil sur la légitimation des enfants nés hors mariage », ainsi qu'il suit : « Art. 331 : Les enfants nés hors mariage d'un père et d'une mère libres au jour de la conception, ou qui obtiendraient, conformément à l'article 164 du Code civil, l'autorisation de se marier, pourront être légitimés... — Art. 335 : Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin, à moins que pour les premiers elle n'intervienne dans l'acte de célébration d'un mariage contracté en vertu de dispenses prévues par l'article 164 du Code civil. » (*Annexes aux procès-verbaux des séances des 6 mai et 6 juillet 1872*, nos 1111 et 1270). — On eut le tort de faire échouer ce projet comme inutile, sous prétexte que la question était tranchée par la Cour de cassation.

(3) On discutait beaucoup au milieu du siècle une question qui perd chaque jour un peu de son intérêt, celle de savoir si un enfant né d'un beau-frère et d'une belle-sœur avant la loi de 1832 pouvait être légitimé après cette loi par le mariage de ses parents contracté avec dispenses : la difficulté venait de ce qu'au moment de la conception de l'enfant il y avait entre les parents un empêchement absolu de mariage. Aussi la légitimation dans cette hypothèse fut-elle repoussée par un arrêt d'Orléans, du 25 avril 1833 (D., 33, 2, 97; S., 33, 2, 322). En sens contraire, arrêt précité d'Amiens, 14 janvier 1864 (S., 64, 2, 11).

Si l'on adopte la solution que nous venons de soutenir, il faut décider que, si le mariage contracté avec dispenses par le beau-frère et sa belle-sœur est entaché d'une autre cause de nullité et que les époux puissent invoquer leur bonne foi à l'égard de cette cause de nullité, la légitimation résultera pour les enfants du mariage putatif comme du mariage valable.

Lorsque le mariage entre beau-frère et belle-sœur a été contracté sans les dispenses nécessaires, on admet généralement que les époux doivent se séparer et obtenir des dispenses pour pouvoir procéder ensemble à un nouveau mariage. On peut, croyons-nous, soutenir en sens contraire que les dispenses ultérieures purgent le vice de l'union, comme le décidait le droit canonique : cette solution aurait l'avantage de parer aux inconvénients qui résultent de l'annulation du mariage et qui ne peuvent être compensés que bien imparfaitement par l'admission incertaine d'un mariage putatif.

CHAPITRE CINQUIÈME

Autres effets de l'alliance en droit civil.

Indépendamment de l'empêchement du mariage à l'étude duquel ont été consacrés les chapitres précédents, l'alliance produit encore en droit français de nombreux effets. Sans quitter le Code civil, on peut en signaler deux principaux, l'un en matière d'obligation alimentaire, l'autre en matière

de tutelle. Chacun de ces deux effets fera l'objet d'un paragraphe spécial.

I. — OBLIGATION ALIMENTAIRE (1).

L'obligation alimentaire, que le législateur établit d'abord entre parents et entre époux, existe aussi entre certains alliés : « Les gendres et belles-filles, dit l'article 206 du Code civil, doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère... » Le droit aux aliments n'existe en vertu de ce texte qu'entre gendre, bru ou belle-fille d'une part et beau-père (*socer*, père de notre conjoint) ou belle-mère (*socrus*, mère de notre conjoint) d'autre part ; il n'existe pas entre le second mari de la mère (parâtre) ou la seconde femme du père (marâtre) et leurs beaux-fils ou belles-filles (2).

Cette interprétation se base sur les termes de l'article (rapprochement du mot : gendre) et sur un incident de la rédaction du Code. Le texte du projet portait : « Les enfants doivent également des aliments à leurs alliés dans la même ligne » (ligne directe ascendante). Cette rédaction fut modifiée sur l'observation de Tronchet que le texte visait ainsi le parâtre et la marâtre auxquels la tradition refusait des aliments. On a donc entendu conserver cette tradition.

(1) Nous n'avons pas la prétention de présenter une étude complète et approfondie de l'obligation alimentaire en droit français ; nous n'insisterons que sur les particularités qu'elle présente entre alliés.

(2) Il a été jugé que l'obligation alimentaire existe aussi entre alliés naturels, spécialement que le conjoint survivant doit des aliments au père et à la mère naturels du défunt (s'il reste des enfants légitimes) : Paris, 28 mars 1840 (S., 40, 2, 425 ; D., 40, 2, 176).

Cette modification a donné naissance à une autre difficulté. L'obligation alimentaire s'étend-elle aux ascendants des beaux-parents ; existe-t-elle entre l'un des époux et l'aïeul de l'autre ? D'après le texte du projet, l'affirmative était certaine ; mais la rédaction qu'on y a substituée semble bien imposer la négative (1). Vainement soutiendrait-on que la modification n'a pas été faite dans ce but. Le plus sûr est de s'en tenir au texte que nous possédons ; comme le remarque M. Laurent, ce n'est pas le dire de Tronchet qui fait la loi, c'est le texte.

Le paiement de l'obligation alimentaire se fait par la prestation d'une pension en argent ; sauf le cas de l'article 210, un gendre ne peut donc pas contraindre son beau-père, auquel il doit des aliments, à venir les prendre chez lui (2).

La doctrine enseigne généralement que l'obligation aux aliments entre alliés n'est que subsidiaire ; la jurisprudence décide au contraire que le gendre et la bru sont à ce point de vue sur la même ligne que le fils et la fille (3).

La dette alimentaire qui existe entre alliés peut cesser lorsqu'elle n'a plus sa raison d'être, par suite de l'indigence de celui qui la doit ou de la prospérité de celui auquel elle est due ; c'est le mode d'extinction ordinaire de toute dette d'aliments, tel que l'édicte l'article 209. Mais le Code civil indique encore deux autres causes d'extinction spéciales à l'obligation alimentaire entre alliés : ce sont d'une part le décès de l'époux qui produisait l'affinité

(1) En ce sens, Grenoble, 9 août 1862 (S., 63, 2, 58).

(2) Colmar, 23 février 1813 (S., 14, 2, 3).

(3) Paris, 30 frimaire an XIV (S., 7, 2, 776). — Cass., 17 mars 1856 (S., 56, 1, 487 ; D., 56, 1, 251).

et des enfants issus de l'union, d'autre part les secondes nocés de la belle-mère (1).

On a prétendu que le décès de l'époux et des enfants faisait cesser l'affinité ; nous avons vu qu'il faisait simplement cesser quelques-uns de ses effets : il en est ainsi notamment de l'obligation aux aliments. Encore a-t-il été jugé que la belle-fille restée veuve en état de grossesse peut réclamer des aliments à son beau-père : à supposer que cette demande ne fût pas fondée de la part de la bru en son nom personnel, elle le serait au nom de l'enfant en vertu du principe que l'enfant conçu est réputé né lorsqu'il s'agit de ses intérêts (2).

L'obligation alimentaire cesse également entre alliés par le convol de la belle-mère en secondes nocés. Cette cause d'extinction est spéciale à la belle-mère. Elle ne s'applique pas au convol du beau-père, sans doute parce que celui-ci ne passe pas sous l'autorité de son second conjoint et qu'il reste chef de son ancienne famille tout en en fondant une nouvelle. Elle ne s'applique pas non plus au convol de la belle-fille, que le législateur a probablement vu d'un œil plus bienveillant que celui de la belle-mère.

Cette disposition a été vivement critiquée. On a trouvé peu juste qu'une belle-mère, manquant du nécessaire dans sa nouvelle union, fût privée du droit de demander des aliments à son gendre ou à sa bru. Il faut répondre

(1) Une troisième cause est admise par la jurisprudence : le divorce libère l'époux de la dette envers les parents de son conjoint. Cass., 13 juillet 1891 (D., 93, 1, 353 ; S., 91, 1, 311) ; Orléans, 23 mars 1892 (D., 93, 2, 354 ; S., 92, 4, 16). — En Belgique, la solution contraire est admise. Tribunal d'Anvers, 31 octobre 1891 (S., 92, 4, 16).

(2) Trib. de Marseille, 12 décembre 1862 (S., 63, 2, 140).

que le législateur a craint de voir détourner de leur destination et employer aux besoins du second mari et de la nouvelle famille les aliments que recevrait la belle-mère remariée. Celle-ci conserve d'ailleurs sa créance alimentaire contre ses enfants, par conséquent contre l'époux de la bru, contre la femme du gendre : la condamnation obtenue contre ceux-ci, réfléchissant nécessairement sur leurs conjoints par le jeu des conventions matrimoniales, rendra presque toujours illusoire la déchéance de l'article 206. La belle-mère remariée conserve aussi sa créance contre ses petits-enfants, bien qu'ils soient les enfants du gendre ou de la bru libérés de la dette.

L'extinction de l'obligation alimentaire est définitive : ainsi l'obligation ne revit pas si la belle-mère remariée devient veuve. Il semble bien cependant que l'extinction de la dette n'a plus alors de motifs, surtout si la belle-mère n'a pas d'enfants de son second mariage.

Quelle que soit la cause de l'extinction, la dette prend fin de part et d'autre : la réciprocité est en effet de règle en matière d'obligation alimentaire (C. civ., art. 207). Il en est ainsi, même lorsque la dette cesse par le convol de la belle-mère. Et cependant il se produit alors ce résultat peu équitable que le gendre ou la bru qui sont dans l'indigence se verront privés de leur droit aux aliments par un fait qui leur est absolument étranger et qui dépend en quelque sorte de la volonté de la débitrice. Cette conséquence est heureusement atténuée par le droit que conservent néanmoins l'épouse du gendre ou le mari de la belle-fille de réclamer des aliments à leur mère, et par celui qu'auraient le gendre et la belle-fille eux-mêmes d'en demander pour leurs enfants s'ils étaient mineurs et indigents.

II. — TUTELLE.

Certains alliés du mineur sont appelés comme les parents à faire partie du conseil de famille réuni à l'occasion de sa tutelle. L'article 407, alinéa 1, du Code civil dispose à ce sujet : « Le conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés, pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte, que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne. » Cette règle a son origine dans le droit coutumier ; mais les coutumes à ce point de vue mettaient les alliés sur le même pied que les parents, sans doute sous l'influence de l'assimilation absolue établie par le droit canonique entre l'alliance et la parenté (1) : l'article 407 décide au contraire dans son alinéa 2 : « Le parent sera préféré à l'allié du même degré... »

Il est des alliés rapprochés qui doivent tous faire partie du conseil de famille, quelque nombreux qu'ils soient : « Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent. — S'ils sont six ou au-delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls, avec les veuves d'ascendants et les ascendants valablement excusés, s'il y en a. — S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil (2). » (Art. 408).

(1) On a même vu que dans certains cas l'allié pouvait être préféré au parent. V. *supra*, *Droit coutumier et législation des ordonnances royales*, chapitre premier, II.

(2) Bien que la loi n'ait pas expressément attaché la sanction de la nullité à l'inexécution des règles relatives à la composition du conseil de

Reproduisons enfin les dispositions des articles 409 et 410 : « Lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux, ou dans la distance désignée par l'article 407, le juge de paix appellera, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. » — « Le juge de paix pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents ; de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les précédents articles (1). »

Les alliés jusqu'au quatrième degré peuvent aussi provoquer l'émancipation du mineur resté sans père ni mère, lorsqu'il a atteint l'âge de dix-huit ans et que son tuteur

famille, il a été jugé que tous les frères germains et maris de sœurs germains du mineur, en quelque nombre qu'ils soient, doivent être appelés au conseil de famille, et que, si un seul n'y a pas été appelé, le conseil de famille se trouve par là même illégalement composé, le fût-il de six autres frères germains ou maris de sœurs germains du mineur. Lyon, 13 mars 1845 (S., 46, 2, 429 ; D., 46, 2, 186) ; Grenoble, 18 décembre 1845 (*ibidem*).

(1) Conformément aux principes généralement admis en ce qui concerne la cessation de l'alliance, il a été jugé que le mari veuf doit être membre du conseil de famille auquel il serait appelé comme allié, si son épouse vivait ; il reste allié de la famille de sa première femme, encore que par un second mariage il se soit allié à une autre famille (Rouen, 28 août 1809, S., 9, 2, 385 ; Cass., 16 juillet 1810, S., 10, 1, 355) ; même s'il n'existe pas d'enfants du premier mariage (Bruxelles, 11 juin 1812, S., 13, 2, 220 ; Cass., 24 février 1825, S., 25, 1, 273 ; D., 25, 1, 119).

ne le fait pas émanciper : « Lorsque le tuteur n'aura fait aucune diligence pour l'émancipation du mineur dont il est parlé dans l'article précédent, et qu'un ou plusieurs parents ou alliés de ce mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, le jugeront capable d'être émancipé, ils pourront requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet. — Le juge de paix devra déférer à cette réquisition. » (C. civ., art. 479).

*
* *

Le Code civil contient encore (art. 975) une disposition concernant les alliances des témoins instrumentaires, en matière de testament : nous aurons à revenir sur ce point dans le prochain chapitre.

L'interdiction de l'aliéné, qui peut être provoquée par l'un de ses parents, ne peut l'être par ses alliés, même les plus proches : c'est la conséquence qui résulte du silence de l'article 490 à cet égard (1). On a essayé de justifier cette différence entre les parents et les alliés par une assez mauvaise raison. Les alliés, a-t-on dit, ne succèdent pas ; or le droit de demander l'interdiction est surtout fondé sur la qualité d'héritier présomptif et sur la nécessité qu'il y a de protéger les « espérances » du demandeur contre les prodigalités du dément : il était donc naturel de refuser aux alliés le droit de provoquer l'interdiction. A notre avis, il y a là une erreur ; la demande en interdiction est en effet basée, non seulement sur l'intérêt du demandeur,

(1) Ainsi jugé : Metz, 14 mars 1843 (S., 43, 2, 524) ; Besançon, 24 juin 1859 (S., 59, 2, 672). Et la fin de non-recevoir peut être proposée en tout état de cause, même en appel : Paris, 23 mai 1835 (S., 35, 2, 342). — En sens contraire : Gand, 27 avril 1835. (*Journ. du Palais*, 59, 679, note).

mais aussi sur l'intérêt de l'insensé, sur la protection qu'on lui doit, sur l'affection qu'on lui porte. A ce titre, le législateur n'aurait pas dû la refuser à un beau-père ou à un beau-frère par exemple, alors qu'il l'accorde à un arrière-petit-cousin du douzième degré qui, primé on le suppose par un grand nombre de parents plus proches, n'a aucune chance de succéder (1).

CHAPITRE SIXIÈME

Effets de l'alliance étrangers au droit civil.

En dehors du Code civil, la législation française reconnaît à l'alliance d'autres effets que l'on trouve épars çà et là dans les autres codes et dans certaines lois postérieures. En raison même de la dispersion de ces effets et de la difficulté qu'on rencontre à les grouper en catégories bien homogènes, ce chapitre se réduira surtout à des énumérations. On étudiera en premier lieu les questions soulevées par les alliances des huissiers, notaires et témoins instrumentaires : les effets de l'alliance seront ensuite exposés successivement en procédure civile, en matière criminelle et en matière administrative.

I. — ALLIANCES DES HUISSIERS, NOTAIRES ET TÉMOINS INSTRUMENTAIRES.

« L'huissier de la justice de paix ne pourra instrumen-

(1) Consulter : Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1899, vol. 1, p. 904.

ter pour ses parents en ligne directe, ni pour ses frères, sœurs et alliés au même degré », dit l'article 4, alinéa 2, du Code de procédure civile. Pour les huissiers des tribunaux, la prohibition est encore plus étendue : « L'huissier ne pourra instrumenter pour ses parents et alliés, et ceux de sa femme en ligne directe à l'infini, ni pour ses parents et alliés collatéraux, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement; le tout à peine de nullité. » (C. pr. civ., art. 66). Il résulte de ce texte par argument *a contrario* que l'huissier peut instrumenter contre ses parents et alliés : dans ce cas d'ailleurs le motif de la loi n'existe plus. Il peut aussi instrumenter pour l'allié collatéral de sa femme (1).

« Les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur. » (Loi du 25 ventôse an XI, contenant organisation du notariat, art. 8). L'article 10, alinéa 1, de la même loi ajoute : « Deux notaires, parents ou alliés au degré prohibé par l'article 8, ne pourront concourir au même acte. » Ces règles sont applicables en matière de testament. Les notaires peuvent donc recevoir un testament dans lequel leur allié au quatrième degré (cousin germain) est avantagé : en effet leur incapacité d'instrumenter ne s'étend pas au delà du degré d'oncle à neveu et il n'y a pas lieu d'appliquer ici l'article 975 du Code civil, qui a trait aux témoins et non aux notaires (2).

(1) Ainsi jugé : Pau, 9 novembre 1831 (S., 32, 2 385 ; D., 32, 2, 29).

(2) Ainsi jugé : Riom, 3 décembre 1827 (S. 30, 2, 39 ; D., 29, 2, 234) ; Grenoble, 11 février 1850 (S., 50, 2, 528 ; D., 52, 2, 44) ; Douai, 23 janvier 1850 (S., 50, 2, 272).

La loi de ventôse an XI s'occupe aussi des témoins instrumentaires: « Les parents, alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes, au degré prohibé par l'article 8... ne pourront être témoins. » (Art. 10, al. 2). S'il s'agit d'un testament par acte public, une prohibition encore plus étendue frappe les alliés des légataires; elle est contenue dans l'article 975 du Code civil: « Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement... (1) » Remarquons que le Code ne parle pas des alliés du testateur, ni de ceux du notaire: mais jusqu'au troisième degré ils ne pourraient être témoins en vertu de la loi du 25 ventôse an XI.

II. — L'ALLIANCE EN PROCÉDURE CIVILE.

Les témoins entendus dans les enquêtes, qu'il ne faut pas confondre avec les témoins instrumentaires dont il vient d'être question, doivent déclarer l'existence et le degré de leur alliance; cette déclaration est insérée suivant le cas dans le procès-verbal ou dans le jugement (2). Le témoignage des alliés rapprochés est soumis à des règles spéciales: « Nul ne pourra être assigné comme témoin, s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint même divorcé. » (Cod. proc. civ., art. 268). « Pourront être reprochés, les parents ou alliés de

(1) Même si le conjoint qui produisait l'alliance est décédé sans enfants: Dijon, 6 janvier 1827 (S., 27, 2, 85; D., 27, 2, 75); Cass., 16 juin 1834 (S., 34, 1, 729; D., 34, 1, 249). — Peu importe que le légataire ait convolé en secondes noces: Nîmes, 28 janvier 1831 (S., 31, 2, 292; D., 31, 2, 131).

(2) Articles 35, 39, 40, 262 et 411 du Code de procédure civile.

l'une ou de l'autre des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement; les parents et alliés des conjoints au degré ci-dessus, si le conjoint est vivant, ou si la partie ou le témoin en a des enfants vivants: en cas que le conjoint soit décédé, et qu'il n'ait pas laissé de descendants, pourront être reprochés les parents et alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs. » (*Ibid.*, art. 283, al. 1). En vertu de l'article 413, alinéas 5 et 6, les mêmes prohibitions doivent être observées dans les enquêtes sommaires.

« Les experts, dit l'article 310, pourront être récusés par les motifs pour lesquels les témoins peuvent être reprochés. »

Les alliés des parties ou de l'huissier jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement ne peuvent être témoins dans une saisie-exécution (C. proc. civ., art. 585). Les alliés au même degré du saisissant ne peuvent être choisis comme gardiens des objets saisis: mais les alliés du saisi échappent à cette prohibition (*Ibid.*, art. 598).

L'alliance entre les parties est signalée par l'article 131 du Code de procédure comme une cause pouvant justifier la compensation des frais: « Pourront... les dépens être compensés en tout ou en partie entre conjoints, ascendants, descendants, frères et sœurs, ou alliés au même degré. »

Les alliances des magistrats entre eux sont actuellement soumises à l'article 63 de la loi du 20 avril 1810, ainsi conçu: « Les parents et alliés, jusqu'au degré d'oncle et neveu inclusivement, ne pourront être simultanément membres d'un même tribunal ou d'une même cour soit comme juges, soit comme officiers du ministère public, ou même comme greffiers, sans une dispense de l'empereur. Il ne sera accordé aucune dispense pour les tribu-

naux composés de moins de huit juges. — En cas d'alliance survenue depuis la nomination, celui qui l'a contractée ne pourra continuer ses fonctions sans obtenir une dispense de Sa Majesté. » Cependant, deux beaux-frères peuvent dans un tribunal de simple police remplir respectivement les fonctions de juge de paix et de ministère public (1) ; on admet d'ailleurs d'une manière générale que la parenté ou l'alliance entre un juge et un magistrat du ministère public n'est pas une cause de nullité. On vient de voir que, dans les tribunaux composés d'au moins huit juges, le gouvernement peut accorder des dispenses de parenté ou d'alliance ; un avis du Conseil d'Etat du 25 avril 1807 avait décidé que les voix des juges parents ou alliés admis avec dispenses dans la même juridiction ne seraient comptées que pour une, à moins qu'ils ne fussent de différents avis : il a été jugé que cet avis n'avait pas été abrogé par la loi de 1810 (2).

La disposition de cette loi ne vise que les juges, les officiers du ministère public et les greffiers : elle n'atteint donc ni les huissiers, ni même les jurés. Elle n'atteignait pas non plus les avocats : mais ceux-ci ont été soumis, ainsi que les avoués, à la même règle par l'article 10 de la loi du 30 août 1883 : « Ne pourra, à peine de nullité, être appelé à composer la cour ou le tribunal, tout magistrat titulaire ou suppléant dont l'un des avocats ou avoués représentant l'une des parties intéressées au procès sera parent ou allié jusqu'au troisième degré inclusivement. » Malgré l'apparente généralité de ses termes, cette dis-

(1) Avis du Conseil d'Etat du 23 avril 1807.

(2) Cass., 26 décembre 1820 et 2 octobre 1824 (Dalloz, *Répert.*, v^o *Organisation judiciaire*, n^o 244).

position ne s'applique pas aux officiers du ministère public (1).

Un lien d'alliance existant entre le juge et l'une des parties peut donner lieu suivant le cas à une récusation ou même à une demande de renvoi devant une autre juridiction.

« Les juges de paix, dit l'article 44 du Code de procédure, pourront être récusés : 1° ... ; 2° quand ils seront parents ou alliés d'une des parties, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement ; 3° si, dans l'année qui a précédé la récusation, il y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties ou son conjoint, ou ses parents ou alliés en ligne directe... » La récusation des juges autres que les juges de paix est régie par l'article 378 : « Tout juge peut être récusé pour les causes ci-après : — 1° S'il est parent ou allié des parties, ou de l'une d'elles, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement ; — 2° Si la femme du juge est parente ou alliée de l'une des parties, ou si le juge est parent ou allié de la femme de l'une des parties, au degré ci-dessus, lorsque la femme est vivante, ou qu'étant décédée, il en existe des enfants : si elle est décédée et qu'il n'y ait point d'enfants, le beau-père, le gendre, ni les beaux-frères ne pourront être juges. — La disposition relative à la femme décédée s'appliquera à la femme divorcée, s'il existe des enfants du mariage dissous ; — 3° Si le juge, sa femme, leurs ascendants et descendants, ou alliés dans la même ligne, ont un différend sur pareille question que celle dont il s'agit entre les parties ; — 4° S'ils ont un procès en leur nom dans un tribunal où l'une des parties sera juge ; s'ils sont créan-

(1) Décision du garde des sceaux du 11 juillet 1884.

ciers ou débiteurs d'une des parties ; — 5° Si, dans les cinq ans qui ont précédé la récusation, il y a eu procès criminel entre eux et l'une des parties, ou son conjoint, ou ses parents ou alliés en ligne directe ; — 6° S'il y a procès civil entre le juge, sa femme, leurs ascendants et descendants, ou alliés dans la même ligne, et l'une des parties, et que ce procès, s'il a été intenté par la partie, l'ait été avant l'instance dans laquelle la récusation est proposée ; si, ce procès étant terminé, il ne l'a été que dans les six mois précédant la récusation... » Tout juge qui connaît en sa personne une cause de récusation est tenu de la déclarer (1).

Le renvoi de la cause devant une autre juridiction est une mesure plus grave que la récusation : aussi n'est-elle pas accordée aussi facilement, comme on peut le voir par la lecture de l'article 368 du Code de procédure ainsi conçu : « Lorsqu'une partie aura deux parents ou alliés, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, parmi les juges d'un tribunal de première instance, ou trois parents ou alliés au même degré, dans une cour royale ; ou lorsqu'elle aura un parent audit degré parmi les juges du tribunal de première instance, ou deux parents dans la cour royale, et qu'elle-même sera membre du tribunal ou de cette cour, l'autre partie pourra demander le renvoi. »

Les récusations et renvois pour parenté et alliance sont énumérés par l'article 83 du Code de procédure parmi les causes qui doivent être communiquées au ministère public.

(1) Jugé qu'un président de tribunal transgresse ses devoirs s'il connaît d'une affaire dans laquelle son gendre est intéressé. Cass., 9 février 1822 (Dalloz, *Répert.*, v° *discipline judiciaire*, n° 141).

L'article 86 du même Code permet aux juges et aux officiers du ministère public de plaider dans tous les tribunaux les causes de leurs alliés en ligne directe.

III. — L'ALLIANCE EN MATIÈRES CRIMINELLE ET ADMINISTRATIVE.

En matière criminelle, on ne peut recevoir le témoignage des alliés de l'accusé jusqu'au degré de beau-frère inclusivement, « sans néanmoins que l'audition des personnes ci-dessus désignées puisse opérer une nullité, lorsque, soit le ministère public, soit la partie civile, soit le prévenu, ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues (1). Cette disposition est applicable aux alliés naturels, adultérins et incestueux. Le juge doit d'ailleurs demander aux témoins s'ils sont alliés de l'accusé (2).

Le Code pénal contient des excuses basées sur l'alliance. Ainsi le fait d'avoir recélé un individu passible d'une peine afflictive n'est pas punissable chez un allié jusqu'au degré de beau-frère de ce criminel (3). De même la soustraction commise au préjudice d'un allié en ligne directe ne constitue pas un vol et ne peut donner lieu qu'à des réparations civiles (4).

L'allié en ligne directe d'un meurtrier n'est pas obligé de le dénoncer, ou tout au moins n'encourt pas par son silence l'indignité de succéder, prononcée par l'article 727 du Code civil (5).

La contrainte par corps, qui n'existe plus depuis la loi

(1) Code d'instr. crim., art. 156 ; voir dans l'article 322 une disposition identique pour la procédure de la cour d'assises.

(2) Code d'instr. crim., art. 75 et 322.

(3) C. pénal, art. 248.

(4) C. pénal, art. 380.

(5) C. civ., art. 727 et 728.

du 22 juillet 1867 qu'en matière criminelle, correctionnelle et de simple police, ne peut pas être prononcée, aux termes de la même loi, contre un débiteur au profit de ses alliés jusqu'au degré de grand-oncle et de petit-neveu (1).

En matière administrative, deux alliés en ligne directe ou deux beaux-frères ne peuvent être simultanément membres du même conseil municipal dans les communes de 501 habitants et au-dessus (2). Les membres des commissions administratives des hospices ne doivent pas être alliés du receveur jusqu'au degré de cousin germain inclusivement (3).

Dans l'administration forestière, il est interdit de placer des agents ou préposés sous les ordres de leurs alliés en ligne directe ou de leurs beaux-frères (4). Les alliés au même degré des agents et des gardes forestiers ne peuvent pas prendre part aux adjudications des coupes faites dans les bois de l'Etat (5). La même règle s'applique avec la même étendue aux alliés des agents et gardes forestiers et des gardes-pêche en ce qui concerne les adjudications des cantonnements de pêche (6).

En matière commerciale, le syndic d'une faillite ne doit pas être choisi parmi les alliés du failli jusqu'au quatrième degré (7).

(1) Loi du 22 juillet 1867, relative à la contrainte par corps, art. 15.

(2) Loi du 5 avril 1884, sur l'organisation municipale, art. 35. — La matière était régie auparavant par les lois du 21 mars 1831, art. 20, et du 5 mai 1855, art. 11.

(3) Instruction ministérielle du 8 février 1823.

(4) Ordonnance pour l'exécution du Code forestier, du 1^{er} août 1827, art. 33.

(5) Cod. forest., art. 21.

(6) Loi du 15 avril 1829, relative à la pêche fluviale, art. 15.

(7) C. com., art. 463.

III

Législations étrangères ⁽¹⁾

« Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence. Un méridien décide de la vérité ; en peu d'années de possession, les lois fondamentales changent ; le droit a ses époques. L'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine d'un tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà. » A l'époque où Pascal laissait tomber de sa plume cette amère critique, on pouvait déjà la taxer d'exagération ; à l'heure actuelle, chaque jour lui fait perdre un peu de sa vérité et l'on peut entrevoir un avenir relativement prochain où elle sera devenue tout à fait inexacte.

C'est que de nos jours, sous les efforts constants des jurisconsultes de tous pays, secondés par les progrès de la science et la facilité des communications, le droit tend de plus en plus à s'internationaliser. Ce mouvement remonte à l'apparition de notre Code civil. Introduit chez les nations voisines à la suite de nos armées victorieuses,

(1) Consulter : Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1856, 4 vol. — Lawrence, *Etude de législation comparée et de droit international sur le mariage*, Gand, 1870 (*Revue de droit international et de législation comparée*, t. 2). — Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*, Paris, 1880. — Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, étude de droit comparé, Paris, 1899.

il s'y imposa par la puissance de sa logique et l'excellence de ses dispositions bien plus que par la force inintelligente des armes. Aussi son autorité survécut-elle à notre domination militaire ! Comme toute œuvre durable et forte, il eut ses plagiaires et ses imitateurs : de tous côtés surgirent des codes plus ou moins servilement copiés sur le nôtre.

Mais ces législations, postérieures à notre Code, ont su pour la plupart mettre à profit les données fournies par l'expérience et les progrès effectués par la science juridique moderne. Elles se sont perfectionnées, et sur plus d'un point elles répondent actuellement mieux que la nôtre aux besoins des temps modernes. Par un juste retour des choses, leur étude peut donc être maintenant de quelque utilité à la législation française qui fut autrefois leur modèle.

Nous laisserons de côté les législations trop différentes de la nôtre ou au contraire trop exactement calquées sur elle, pour examiner seulement celles qui, tout en ayant la même origine, se sont différenciées par des modifications progressives, opérées sous l'influence de causes multiples. Nous les réunirons en deux groupes : les législations des peuples de race latine et celles des peuples de race germanique.

CHAPITRE PREMIER

Législations des peuples de race latine.

Sous la dénomination un peu vague de peuples de race latine, on rangera en premier lieu la Belgique, en raison de l'étroite parenté de sa législation avec la nôtre ; y sera comprise également l'étude des législations espagnole, portugaise et italienne.

I. — BELGIQUE (1).

En Belgique, le Code Napoléon, promulgué en 1804, est encore en vigueur, au moins dans ses grandes lignes, car de nombreuses lois l'ont modifié sur des points de détail. En ce qui concerne l'alliance notamment, les Belges n'ont pas attendu notre loi de 1832 pour permettre le mariage entre beau-frère et belle-sœur moyennant dispenses : cette réforme a été faite chez eux par la loi du 23 avril 1827, répétée par celle du 28 février 1831. Cette dernière loi a prohibé la concession des dispenses au cas où le mariage qui formait l'affinité aurait été dissous par un divorce : « Néanmoins, dit-elle, les dispenses ne pourront être accordées que lorsque le mariage est dissous par la mort naturelle de l'un des époux. » Il est probable que, si le

(1) Consulter : Beltjens, *Code civil annoté*, Bruxelles, 1888. — Eod. auctore, *Encyclopédie du droit civil belge*, 1^{re} partie, *Code civil*, tome 1, 1891. — Laurent, *Principes de droit civil*, 3^e édit., Bruxelles et Paris, 1878, t. 2 ; et *Supplément aux principes de droit civil*, rédigé par Janssens, Servais et Leclercq, Bruxelles et Paris, 1896, t. 1. — Lambrechts, *Dictionnaire pratique de droit comparé*, v^o Belgique.

divorce n'avait pas été aboli en France lors de la discussion de notre loi de 1832, on aurait proposé d'y introduire une disposition semblable.

La jurisprudence belge n'interprète pas toujours les textes de la même manière que la jurisprudence française. C'est ainsi qu'elle n'admet pas la légitimation, par mariage contracté avec dispenses, des enfants nés d'un beau-frère et d'une belle-sœur (1). De même, le tribunal de Tournai a jugé que l'alliance naturelle se formait par le concubinage, et qu'un fils, par exemple, ne pouvait pas épouser une femme qui avait été la maîtresse de son père (2).

Il y a une vingtaine d'années, on a semblé vouloir reviser le Code belge, et le ministre de la justice a même donné mission à M. Laurent, professeur de droit à l'Université de Gand, de rédiger un avant-projet de Code civil. Cet avant-projet (3), dont la rédaction a été commencée en 1882, prohibe le mariage entre alliés jusqu'au degré de grand-oncle et de petit-neveu, sauf dispenses pour tous les degrés de la ligne collatérale, même si le mariage a été dissous par le divorce (4) : il permet d'ailleurs la légitimation des enfants nés de parents ou alliés qui se marient avec dispense (5).

(1) Gand, 1^{er} mars 1871, (*Pasicrisie belge*, 1871, II, 246). — On a déjà vu précédemment (*Législation française actuelle*, chapitre cinquième, 1) que la jurisprudence belge ne reconnaît pas non plus l'extinction de l'obligation alimentaire entre alliés par le divorce, extinction admise par les tribunaux français : Trib. d'Anvers, 31 octobre 1891, (S., 92, 4, 16).

(2) Trib. de Tournai, 14 août 1854 (*Belgique judiciaire*, année 1854, p. 1260). — En sens contraire : Laurent, *op. cit.*, II, n° 351.

(3) Laurent, *Avant-projet de revision du Code civil*, Bruxelles, 1882.

(4) Art. 149 et 150 : *ibidem*, t. I, p. 356 et s.

(5) Art. 339, al. 2 : *ibidem*, t. 2, p. 145 et s. — L'article 221 de cet avant-

II. — ESPAGNE (1).

Jusqu'à la Révolution de 1868, le mariage avait toujours été considéré en Espagne comme un acte purement religieux, dont la loi civile n'avait pas à s'occuper. Sous la régence du maréchal Prim, la loi provisoire du 18 juin 1870 sur le mariage civil (*Ley de matrimonio civil*) rendit obligatoire le mariage civil tel qu'il était organisé par le Code français. Un pareil changement était trop brusque pour pouvoir être accepté par un peuple resté aussi foncièrement catholique que la vieille Espagne. Aussi la réaction ne se fit-elle pas attendre ! Dès la restauration de la monarchie, les décrets des 9 et 27 février 1875, rendus par Alphonse XII, revinrent au système primitif. Depuis cette époque, l'Espagne a été dotée d'un Code civil, voté le 6 octobre 1888 et promulgué le 24 juillet 1889.

« La loi, dit l'article 42 de ce Code, reconnaît deux formes de mariage : le canonique que doivent contracter tous ceux qui professent la religion catholique, et le civil » ; celui-ci est réservé aux individus non catholiques.

Le mariage canonique est soumis aux règles de l'Eglise et aux canons du concile de Trente, tant au point de vue des empêchements pouvant s'opposer à sa validité que

projet (t. 1, p. 483) établit une obligation alimentaire entre alliés en ligne directe à l'infini (question controversée en droit français.)

(1) Consulter : *Leges provisionales del matrimonio*, Madrid, 1870. — Lévê, *Code civil espagnol de 1889* ; trad et annoté, Paris, 1890. — Lehr, *Éléments de droit civil espagnol* (suppl. J. Dumas), 2 vol, Paris, 1880-1890. — *Revue de droit international*, 1887, p. 601. — Verdier et Depeiges, *Code de procédure criminelle espagnol* (14 septembre 1882), trad. et annoté, Paris, 1898 (publié par le comité de législation étrangère du ministère de la justice).

des dispenses dont ces empêchements sont susceptibles ; il relève de la juridiction ecclésiastique (1).

Quant au mariage civil, il est prohibé, d'après le Code, entre alliés légitimes ou naturels en ligne directe à l'infini, entre alliés légitimes en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré (2). Mais en ligne collatérale les dispenses sont toujours possibles (3).

Le mariage contracté en dépit de ces empêchements est nul et peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par le ministère fiscal (ministère public) et par toute personne y ayant un intérêt (4).

Les enfants nés de deux alliés au degré prohibé sont incestueux et rentrent dans la catégorie des *espurios* (les *spurii* du droit romain), qui comprend en outre les enfants adultérins, sacrilèges (nés d'un individu engagé dans les ordres sacrés) et *manceres* (nés d'une femme de mauvaise vie).

Dans l'ancien droit espagnol et sous l'empire des *Leges de toro* (5), les enfants incestueux ne pouvaient pas être légitimés ; mais en 1803 et en 1807, deux décrets royaux décidèrent que, si l'empêchement de mariage avait été

(1) C. civ. esp., liv. 1, tit. iv, ch. 2.

(2) C. civ. esp., art. 84. — Ce sont les prohibitions du droit canonique, telles que les avait sanctionnées en Espagne les *Partidas*, rédigées en 1256 par ordre d'Alphonse XI le Sage (l. 5, tit. 6, *Partida*, iv).

(3) C. civ. esp., art. 85. — Avant la loi de 1870, les fiançailles et le mariage non consommé (*matrimonio rato*, opposé au *matrimonio consumado*) formaient l'empêchement d'honnêteté publique (*de publica honestidad*) au premier degré en cas de simples fiançailles, au quatrième en cas de mariage non consommé (lois 1 et 7, tit. 2, et loi 5, tit. 10, *Partida*, iv).

(4) C. civ. esp., art. 101 et 102.

(5) Promulguées en 1505, sous Ferdinand et Isabelle.

levé par des dispenses, le mariage subséquent légitimerait les enfants nés antérieurement. L'article 119 du Code civil espagnol répète la disposition de ces décrets (1).

Les enfants incestueux n'ont droit qu'à des aliments ; c'est ce que décide l'article 139, et ce que répète avec plus de détails l'article 143, alinéa 6, ainsi conçu : « Les parents et les enfants illégitimes, qui ne se trouvent pas dans les conditions des enfants naturels, se doivent, à titre d'aliments, les secours nécessaires pour assurer leur existence. Les parents sont en outre obligés de procurer à leurs enfants l'instruction élémentaire et l'enseignement d'une profession, d'un art ou d'un métier. »

A la différence du Code civil français, le Code espagnol n'établit pas d'obligation alimentaire entre alliés (2) ; mais il reconnaît le droit de faire partie du conseil de famille aux beaux-frères, ou maris des sœurs vivantes du mineur (3).

En matière civile, certains alliés des parties ne sont pas admis à témoigner ; l'article 1247 du Code civil espagnol dispose à ce sujet : « Sont incapables [*d'être témoins*] en vertu de la disposition de la loi : 1^o... ; 3^o Le beau-père et la belle-mère dans les procès de leurs gendre et bru et *vice versa*... Les dispositions des numéros 2, 3 et 4 ne sont pas applicables aux procès qui tendent à prouver la naissance ou le décès des enfants, ou tout autre fait intime de la vie de famille, qu'on ne peut établir autrement. »

En matière criminelle, l'alliance est une cause de

(1) Le C. civil espagnol admet la légitimation par mariage subséquent et la légitimation par lettre royale.

(2) C. civ. esp., liv. I, tit. VI.

(3) C. civ. esp., art. 294.

récusation : « Tout magistrat, juge ou assesseur, dit le Code de procédure criminelle espagnol, peut être légitimement récusé : 1° S'il est parent ou allié, jusqu'au quatrième degré civil inclusivement, de l'une des personnes énoncées dans l'article précédent [*représentant du ministère fiscal, accusateur particulier et sauf discussion partie civile, prévenus, personnes civilement responsables de l'infraction*]; 2° s'il est parent ou allié jusqu'au second degré inclusivement de l'avocat d'une des parties en cause... (1) » La loi du 20 avril 1888 s'oppose aussi à ce que l'on prenne comme jurés les alliés jusqu'au deuxième degré en ligne collatérale des avoués, mandataires et avocats intervenant aux débats (2).

L'alliance confère quelques prérogatives. Ainsi toute personne qui a été témoin d'une infraction doit la dénoncer sous peine d'une amende de 5 à 50 *pesetas* : cependant ne sont pas tenus à cette dénonciation certains parents du coupable, ni ses alliés, à l'infini en ligne directe, jusqu'au second degré en ligne collatérale (3). De même, tout plaignant particulier doit déposer un cautionnement « pour répondre des résultats de l'affaire (4) : » sont exemptés de cette obligation en matière de meurtre et d'assassinat les alliés de la victime au même degré qu'en matière de dénonciation (5).

L'article 416 du Code de procédure criminelle dispense

(1) Code de procédure criminelle espagnol (trad. et annoté par MM. Verdier et Depeiges), art. 54.

(2) Loi établissant le jugement par jurés pour certains délits, promulguée le 20 avril 1888, art. 12 (Verdier et Depeiges, *op. cit.*, p. 334).

(3) C. pr. crimin. esp., art. 259 et 261.

(4) C. pr. crimin., esp., art. 280.

(5) *Ibid.*, art. 281.

de l'obligation de témoigner en matière pénale certains parents, mais non les alliés ; en revanche, l'alliance des experts avec le plaignant ou le prévenu jusqu'au quatrième degré inclusivement peut les faire récuser (1).

Chose singulière, malgré le caractère encore profondément canonique de sa législation matrimoniale, l'Espagne ne punit pas l'inceste, alors qu'une répression pénale de ce fait est au contraire organisée par les Codes de plusieurs nations où l'influence du droit canonique est beaucoup moins vivace : l'Italie, l'Allemagne, la Suède.

III. — PORTUGAL (2).

Le Portugal est la nation qui a donné le jour aux premières codifications faites en Europe : au ^{xv}^e siècle, le *Codex Alphonsinus*, rédigé par ordre d'Alphonse V en 1446 ; au ^{xvi}^e siècle, le Code du roi Manuel (1521) ; au ^{xvii}^e, la *Ordinatio Philippina* de Philippe II (1603). De nos jours, le Portugal a été doté d'un Code civil, promulgué le 1^{er} juillet 1867 et mis en vigueur le 22 mars 1868. Tout en conservant d'une manière générale l'esprit de notre Code civil, le Code portugais présente un grand nombre de solutions originales et souvent très heureuses.

Le droit portugais trahit encore l'influence du droit canonique ; c'est ainsi qu'il reconnaît, comme le droit espagnol, deux sortes de mariages, le mariage canonique et le mariage civil (3). Il a néanmoins subi cette influence

(1) C. pr. crimin. esp., art. 468.

(2) Consulter : Lepelletier, *Code civil portugais du 1^{er} juillet 1867*, trad. et annoté, Paris, 1894. — Laneyrie et Dubois, *Code civil portugais du 1^{er} juillet 1867*, trad. et annot., Paris, 1896 (publié par le comité de législation étrangère).

(3) C. civ. portug., art. 1057 : « Les catholiques célébreront le mariage

beaucoup moins profondément que le droit espagnol : la preuve en est que, loin d'admettre l'empêchement d'affinité tel qu'il est réglementé par les canons de l'Église, il ne reconnaît même pas d'empêchement de mariage entre le beau-frère et la belle-sœur.

Le mariage est interdit entre alliés en ligne directe, mais pas en ligne collatérale, comme on vient de le voir (1). Aussi les enfants nés d'un beau-frère et d'une belle-sœur ne sont-ils pas incestueux ! « On entend par incestueux :... 1° les enfants nés de personnes *parentes ou alliées* à un degré quelconque en ligne directe ; 2° les enfants nés de personnes *parentes* jusqu'au second degré inclusivement en ligne collatérale (2). »

Comme en Espagne, les enfants incestueux appartiennent à la classe des *espurios* ; on ne peut ni ne les reconnaître ni les légitimer (3), et la disposition qui règle leurs droits dans le Code portugais est conçue en termes particulièrement cruels : « On appelle *espurios* les enfants qui ne peuvent être reconnus. — Les enfants naturels non reconnus n'ont que le droit de réclamer à leurs père et mère les aliments qui leur sont nécessaires : *pour tout le reste ils sont totalement étrangers à leurs père et mère et à la famille de ceux-ci* (4). » Ces aliments ne peuvent

dans la forme établie par l'Église catholique. Ceux qui ne professent point la religion catholique le célébreront devant l'officier de l'état civil, sous les conditions et dans la forme établies par la loi civile. »

(1) C. civ. portug., art. 1073.

(2) C. civ. portug., art. 122, § 2.

(3) C. civ. portug., art. 122, alinéas 1, 2 et 3 combinés avec l'article 119.

(4) C. civ. portug., art. 134 et 135. — La tutelle de ces enfants est organisée par les articles 279 et s. (partie I, livre unique, titre ix, section 18).

être réclamés que si la paternité ou la maternité a été prouvée dans une instance civile ou criminelle, ou si le fait du viol ou du rapt a été judiciairement établi et que l'époque de la conception coïncide avec la date de l'acte criminel (1).

Il n'y a pas de dette alimentaire entre alliés (2); de même, aucune disposition du Code portugais n'empêche de prendre comme témoins instrumentaires, pour un acte notarié en général et pour un testament en particulier, les alliés des parties, du notaire, des clercs de notaire, du testateur et des légataires (3).

« Les frères germains et les maris des sœurs germaines [*du mineur*] peuvent être tous ensemble membres du conseil de famille, même s'ils sont plus de cinq; toutefois, s'ils sont en nombre pair, on appellera un parent de plus (4). » Pour comprendre cette dernière disposition, il faut savoir que le Code portugais veut, pour éviter le partage des voix, que les membres du conseil de famille soient en nombre impair: aussi décide-t-il que le conseil sera composé régulièrement de *cinq* parents (5), le juge, qui le préside, ne prenant point part au vote (6).

Enfin, sont incapables de témoigner « le beau-père et la belle-mère dans les causes qui intéressent leur gendre ou leur bru et réciproquement (7). »

(1) C. civ. portug., art. 136, combiné avec l'art. 130-3°.

(2) C. civ. portug., art. 172 et s.

(3) C. civ. portug., art. 1966 et 2492.

(4) C. civ. portug., art. 207, § 2.

(5) C. civ. portug., art. 207, alinéa 1.

(6) C. civ. portug., art. 216.

(7) C. civ. portug., art. 2511-3°.

IV. — ITALIE (1).

Le Code Napoléon avait été promulgué successivement dans les différentes provinces d'Italie de 1804 à 1807 ; il tomba en 1814 avec celui dont il portait le nom (2). Les Etats de la Péninsule furent alors replacés sous l'autorité de leurs anciens statuts ou soumis à des Codes nouveaux, parmi lesquels il convient de mentionner le Code albertin promulgué pour la Sardaigne en 1837. Le rétablissement de l'unité politique en Italie sous le second Empire français nécessitait une unification législative, qui fut réalisée le 25 juin 1865 par la promulgation du Code civil italien : ce Code s'est inspiré du droit français et surtout du droit romain (3).

Le législateur italien de 1865 prend la peine de définir l'alliance et de bien spécifier à quel moment elle cesse : « L'alliance, dit-il, est le lien existant entre un époux et

(1) Consulter : Steph. Nicolosi, *Sul progetto di codice civile italiano esame critico*, Catania, 1862, vol. 1, pp. 35 et s. — Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, suivi d'une traduction du Code civil italien, par Orsier, 2 vol., 2^e édit., Paris, 1868. — Henri Prudhomme, *Code civil italien du 25 juin 1865*, trad. et annoté, Paris, 1896. — Paul Gide, *De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie* (*Revue historique*, juillet et août 1866). — Edm. Turrel, *Code pénal italien*, trad. et annoté, Paris, 1890.

(2) La République de Gènes, la principauté de Lucques et le duché de Parme conservèrent cependant le Code Napoléon.

(3) Consulter sur ce point : P. Gide, *op. cit.*, *Revue historique*, 1866, p. 450 et s. — « La promulgation du nouveau Code civil, dit M. Glasson, a produit, en matière de mariage, une véritable révolution en Italie. Dans la plupart des anciens Etats de l'Italie, le mariage était considéré comme un acte religieux produisant des effets civils. » (Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*, Paris, 1880, p. 284). Il en était ainsi notamment dans le Code albertin.

les parents de l'autre. — Dans la ligne et au degré où l'on est parent avec un époux, on est allié de l'autre époux. — L'alliance ne cesse point par la mort, même sans enfants, de l'époux du chef duquel elle dérive, excepté pour quelques effets et dans les cas spécialement déterminés par la loi (1). »

Il y a prohibition de mariage, comme en France, entre alliés en ligne directe et entre beau-frère et belle-sœur ; mais dans ce dernier cas, les dispenses sont possibles (2). Le mariage contracté en dépit de l'empêchement d'alliance peut être attaqué par les époux, par les ascendants les plus proches, par le ministère public et par tous ceux qui y ont un intérêt légitime et actuel (3).

« Ne peuvent être reconnus : 1°...; 2° Les enfants nés de personnes entre lesquelles il ne pourrait y avoir mariage pour cause de parenté ou d'alliance en ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré. » — « Ne peuvent être légitimés par subséquent mariage, ni par décret royal, les enfants qui ne peuvent être légalement reconnus (4). »

L'obligation alimentaire existe entre les mêmes alliés qu'en droit français ; elle prend fin par suite des mêmes causes : notons cependant qu'à ce point de vue le législateur italien assimile le convol en secondes noces de la belle-fille à celui de la belle-mère (5).

(1) C. civ. ital., art. 52. Cet article appartient au titre 4 du livre 1, intitulé : *De la parenté et de l'alliance*.

(2) C. civ. ital., art. 58, 59 et 68.

(3) C. civ. ital., art. 104 ; v. aussi art. 114.

(4) C. civ. ital., art. 180 et 195.

(5) « L'obligation réciproque de se fournir des aliments a aussi lieu entre beau-père, belle-mère, gendre et belle-fille. — Cette obligation cesse : 1° Quand la belle-mère ou la belle-fille a convolé en secondes

En matière de tutelle, les beaux-frères du mineur ne font pas nécessairement partie du conseil de famille ; d'après l'article 252, ne sont membres de droit de cette assemblée que les ascendants mâles, les frères germains et les oncles du pupille ; à leur défaut, on choisit autant que possible les parents et les alliés les plus proches (1).

Le Code pénal italien organise une répression sévère de l'inceste : « Sera puni de la réclusion de dix-huit mois à cinq ans, et de l'interdiction temporaire des fonctions publiques, tout individu qui, dans des circonstances de nature à causer un scandale public, aura vécu dans des rapports incestueux avec un descendant ou un ascendant, même illégitime, avec un allié en ligne directe, avec une sœur ou un frère, soit germains, soit consanguins ou utérins (2). »

L'article 443 du même code consacre un autre effet de l'alliance : « En ce qui concerne les faits prévus aux chapitres I, III, IV, V, du présent titre et aux articles 424, premier alinéa, 426 et 429, on n'exercera aucune poursuite contre celui qui aura commis le délit (3) : 1^o..... ; 2^o Au préjudice d'un parent ou d'un allié, en ligne ascendante ou descendante... — La poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la partie lésée et la peine sera diminuée d'un tiers, si le fait a été commis au préjudice... d'un allié au

noces ; 2^o Quand l'époux de qui dérivait l'alliance et les enfants nés de son union avec l'autre époux et leurs descendants sont morts. » (C. civ. ital., art. 140).

(1) C. civ. ital., art. 252 et 253.

(2) Code pénal italien (trad. Turrel), art. 337.

(3) Les faits prévus par les chapitres I, III, IV, V de ce titre sont : le vol, l'escroquerie et les autres fraudes, l'appropriation frauduleuse d'un objet, le recel. Les articles 424, alinéa 1, 426 et 429 parlent des destructions de choses mobilières, des dégâts, des blessures et de la mort donnée à un animal.

second degré vivant en famille avec ledit auteur [*l'auteur du délit*]. » C'est une disposition plus étendue que celle de l'article 380 du Code pénal français, mais conçue dans le même ordre d'idées.

Le Code de procédure pénale interdit d'une manière absolue l'audition comme témoins des alliés du prévenu jusqu'au degré d'oncle à neveu ; le même code organise la récusation des juges pour cause d'alliance (1).

CHAPITRE SECOND

Législations des peuples de race germanique.

Les peuples de race germanique marquent une certaine tendance à s'affranchir des prohibitions de mariage trop étendues entre alliés. On examinera successivement les législations des Pays-Bas, de l'Allemagne, de l'Angleterre et des Etats-Unis.

I. — PAYS-BAS (2).

En 1810, la Hollande se vit imposer par Napoléon I^{er} le Code civil français (3), qui continua à y être observé jusqu'à l'apparition du Code civil néerlandais, promulgué le 10 avril 1838 et mis en vigueur le 1^{er} octobre suivant.

(1) Code de procédure pénale pour le royaume d'Italie (trad. Marcy), art. 286 et 746.

(2) Consulter : Tripels, *Les Codes néerlandais traduits*, Maëstricht, 1886.
— Verduchêne, *Observations critiques sur le Code civil néerlandais comparé au Code Napoléon*, 2 vol., Maëstricht, 1860-1863.

(3) Décrets du 9 juillet et du 8 novembre 1810.

Comme le Code italien, le Code néerlandais définit l'alliance et décide formellement qu'elle ne cesse pas à la dissolution du mariage (1).

Le mariage est prohibé entre alliés en ligne directe et entre beau-frère et belle-sœur *légitimes ou naturels*; comme en droit français, on peut obtenir des dispenses en ligne collatérale (2).

Les enfants incestueux ne peuvent être en principe ni légitimés, ni même reconnus (3); néanmoins le Code hollandais permet expressément la légitimation des enfants nés d'un beau-frère et d'une belle-sœur: « Les enfants nés de personnes entre lesquelles le mariage ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une dispense du roi ne seront légitimés qu'autant qu'ils auront été *reconnus dans l'acte même de célébration*. » — « Si les parents ont négligé avant ou lors du mariage de reconnaître leurs enfants naturels, cette négligence pourra être réparée par des lettres de légitimation accordées par le roi, après avoir pris l'avis de la Haute-Cour (4). »

L'obligation alimentaire entre alliés est soumise aux mêmes règles qu'en droit français (5).

L'alliance confère aussi des droits en matière de tutelle et d'émancipation, et à ce double point de vue le Code néerlandais contient des dispositions assez curieuses. Citons tout d'abord l'article 388, commun aux deux matières: « Lorsque les dispositions du présent titre et du titre suivant requièrent l'intervention des parents ou alliés

(1) C. civ. néerl., art. 350, 351 et 352.

(2) C. civ. néerl., art. 87 et 88.

(3) C. civ. néerl., art. 327 et 338.

(4) C. civ. néerl., art. 328 et 329. V. aussi art. 330.

(5) C. civ. néerl., art. 377.

du mineur, ils seront appelés au nombre de quatre, pris parmi les plus proches et choisis autant que possible dans les deux lignes. — Si un parent ou allié dûment appelé ne comparait point, le juge pourra ordonner la comparution d'un autre parent ou allié, même à un degré plus éloigné... (1) »

La tutelle est déférée de la manière suivante : « Le juge de canton fera citer les parents ou alliés du mineur pour être consultés sur la personne dont la nomination est la plus avantageuse aux intérêts du mineur. — Il dressera un procès-verbal sommaire des avis respectifs et fera immédiatement la nomination du tuteur. » Ainsi s'exprimait l'article 414 du Code civil néerlandais ; la loi du 15 novembre 1876 y a ajouté l'alinéa suivant : « Les parents ou alliés appelés conformément aux articles 388, alinéa 2, et 389, alinéa 3 peuvent être entendus *séparément*. » Notons encore qu'un allié du mineur ne peut pas refuser la tutelle, sous prétexte qu'il existe dans le ressort du tribunal de l'arrondissement où la tutelle est ouverte des parents ou alliés en état de la gérer (2).

Les alliés jouent aussi un rôle dans l'émancipation. Le droit néerlandais reconnaît deux sortes d'émancipation. La première, qu'on pourrait appeler complète, rend juridiquement majeur celui qui en bénéficie, et cela d'une manière absolue : elle est conférée par *venia ætatis* ou lettres de majorité, accordées par la Haute-Cour avec approbation du roi. La seconde sorte d'émancipation, qui seule

(1) Les deux titres dont il est ici question sont celui de la tutelle et celui de l'émancipation. Sous le Code civil néerlandais, ce texte ne visait que le titre de la tutelle ; la loi du 15 novembre 1876 a ajouté les mots : et du titre suivant, et le second alinéa de l'article.

(2) C. civ. néerl., art. 433.

nous intéresse, confère seulement une capacité restreinte, ne s'étendant qu'à certains actes *limitativement déterminés par celui qui accorde l'émancipation*. En vertu de la loi du 4 juillet 1874, modifiant les articles 480, 481 et 482 du Code civil néerlandais, cette émancipation est octroyée par le juge de canton, sauf le droit d'opposition des parents qui exercent la puissance paternelle. Si le mineur est en tutelle, le juge, avant de se prononcer, doit entendre le tuteur, le subrogé tuteur, les parents et les alliés du mineur. Toutes ces personnes, y compris le mineur, peuvent interjeter appel de l'ordonnance du juge de canton (1).

Les témoins instrumentaires pour un testament public ne peuvent être pris parmi les alliés des héritiers ou légataires, en ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré inclusivement (2).

En procédure civile, les alliés des parties peuvent-ils déposer en justice ? Sur ce point, le droit néerlandais consacre un système un peu différent du nôtre ; il est contenu, non pas dans le Code de procédure, mais dans les articles 1946 et suivants du Code civil, que nous reproduisons : « Toutes personnes habiles à être témoins sont obligées de déposer en justice. — Peuvent cependant se récuser comme témoins : 1° ceux qui sont parents ou alliés de l'une des parties au second degré ; 2° ceux qui sont parents en ligne directe de l'époux de l'une des parties à

(1) Ces personnes pouvaient aussi, sous le Code civil néerlandais, demander qu'on retirât au mineur la faveur de l'émancipation, s'il en abusait (art. 485). Depuis la loi du 4 juillet 1874, ce droit n'appartient plus qu'au père, au tuteur et au subrogé tuteur ; le tribunal, qui doit statuer sur le retrait de l'émancipation, peut entendre les parents et alliés de l'émancipé.

(2) C. civ. néerl., art. 991.

l'infini, et alliés au second degré... » — « Sont inhabiles à déposer et ne peuvent être entendus les parents et alliés en ligne directe de l'une des parties... » — « Peuvent être reprochés comme témoins : 1° ceux qui sont parents ou alliés en ligne collatérale de l'une des parties, jusqu'au quatrième degré inclusivement ; 2° l'allié du conjoint de l'une des parties, indéfiniment si c'est dans la ligne directe et jusqu'au quatrième degré inclusivement, si c'est dans la ligne collatérale... (1). »

Le Code de procédure civile néerlandais, article 30, reproduit en les restreignant les causes de récusation des juges édictées par l'article 378 de notre Code de procédure ; il supprime notamment la récusation pour parenté ou alliance avec la femme du juge ou de la partie et ne permet de la fonder sur une alliance avec le juge que jusqu'au quatrième degré. De même, les alliés jusqu'au troisième degré inclusivement ne peuvent être simultanément conseillers, juges, fonctionnaires du ministère public et greffiers de la Haute Cour, ou d'une même cour ou d'un même tribunal (2).

Le Code de procédure pénale (articles 321 et s.) permet la récusation des juges dans les mêmes cas que le Code de procédure civile, au moins en ce qui concerne l'alliance. Si par suite des récusations les membres de la cour ou du tribunal ne sont plus en nombre suffisant, il y a lieu à renvoyer la cause devant une autre juridiction (3). En matière criminelle, on ne peut entendre comme témoins

(1) C. civ., néerl., art. 1946, 1947, et 1950.

(2) Loi du 18 avril 1827, sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice, modifiée par plusieurs lois postérieures (Tripels, *Codes néerlandais*, p. 34 et s.), art. 10.

(3) Code de procéd. pén. néerl., art. 330 et s.

les alliés jusqu'au troisième degré de l'un des prévenus, sans que cependant il puisse y avoir nullité de ce chef si l'officier de justice et le prévenu ont consenti à l'audition de pareils témoins; même sans ce consentement, le tribunal peut entendre ces personnes à titre de renseignement, à condition de ne pas leur faire prêter serment (1).

Le Code pénal (article 316, alinéa 2) décide que le vol ou le maraudage commis au préjudice d'un allié en ligne directe à l'infini ou en ligne collatérale jusqu'au second degré n'est poursuivi que sur plainte de la victime.

II. — ALLEMAGNE (2).

Le droit allemand a subi beaucoup moins que le nôtre, l'influence canonique (3); aussi n'a-t-il pas conservé la prohibition du mariage entre beau-frère et belle-sœur. Le Code prussien (*Allegemeines Landrecht*), promulgué en 1794 par le roi Frédéric-Guillaume II, interdisait cependant le mariage à ce degré. Mais la loi du 6 février 1875 réduisit

(1) Cod. proc. pén. néerl., art. 162.

(2) Glasson, *Les rapports du droit français et du droit allemand*, Paris, 1882. — Eod. auctore, *La loi allemande du 6 février 1875 sur les actes de l'état civil et le mariage*, *Revue critique*, 1875, p. 512. — Glasson, Lederlin et Dareste, *Code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne (30 janvier 1877)*, trad. et annoté, Paris, 1887. — Lehr, *Droit germanique*. Deux éditions: 1^o *Eléments de droit civil germanique*, Paris, 1875, 1 vol.; 2^o *Traité élémentaire de droit civil germanique*, Paris, 1892, 2 vol. — R. de la Grasserie, *Projet du Code civil allemand*, Paris, 1893. — Eod. auctore, *Code civil allemand*, trad. et annoté, Paris, 1897. — Meulenaëre, *Code civil allemand*, trad. et annoté, Paris, 1897. — Bufnoir, *Etude sur les droits de famille dans le projet de Code civil allemand* (Bulletin de la Sect. de législat. comparée, 1890, t. 18-19).

(3) V. sur ce point: Glasson, *Les rapports du droit français...*, op. cit.

l'empêchement à la ligne directe ; cette loi déclare le mariage impossible « entre alliés en ligne directe sans distinction selon que la parenté ou l'alliance résulte du mariage ou de toute autre union, et en particulier pour l'alliance, sans distinction suivant que le mariage qui l'a produite existe encore ou est dissous (1). »

La loi de 1875 était un premier essai de codification générale pour l'empire allemand nouvellement fondé. L'unification législative fut achevée par la confection du Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896 et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

Comme les Codes italien et néerlandais, le nouveau Code allemand définit l'alliance et déclare qu'elle survit à la dissolution du mariage (2). Elle ne se forme ni par la légitimation, ni par l'adoption : « Les effets de la déclaration de légitimité s'étendent aux descendants de l'enfant, mais non aux parents du père. La femme du père n'est pas l'alliée de l'enfant, ni le conjoint de l'enfant, celui du père (3). » — « Les effets de l'adoption ne s'étendent pas aux parents de l'adoptant. Le conjoint de l'adoptant n'est pas l'allié de l'enfant adoptif, le conjoint de celui-ci n'est pas l'allié de l'adoptant (4). »

Le mariage est interdit par le Code, comme par la loi de 1875, entre alliés en ligne directe. « Il ne peut être contracté non plus entre personnes dont l'une a eu des rapports sexuels avec les père et mère, les ascendants ou

(1) Loi du 6 février 1875, art. 33. V. le texte de cette loi, *apud* Glason, *La loi allemande du 6 février 1875... op. cit.*

(2) C. civ. allem., art. 1590.

(3) C. civ. allem., art. 1737, alinéa 1. — La différence sur ce point avec le droit français est trop grande pour qu'il soit nécessaire d'insister.

(4) C. civ. allem., art. 1763.

les descendants de l'autre (1). » Cet alinéa n'a pas été adopté sans difficulté; lors des discussions parlementaires il a été vivement combattu par le député Stadthagen. Il objectait avec raison que la parenté naturelle non reconnue devrait d'abord être prouvée, ce qui serait la cause de scandales nombreux : ces considérations n'ont pas empêché le texte du projet d'être maintenu.

Le Code civil allemand ne parle qu'une seule fois des enfants incestueux, ou nés de parents ou alliés au degré prohibé, et c'est pour leur refuser le droit d'être légitimés par déclaration de légitimité émanant du gouvernement(2). En dehors de ce cas, ils restent soumis au droit commun des enfants naturels. S'il y a eu mariage putatif, ils sont donc légitimés ou légitimes suivant qu'ils sont nés avant ou pendant le mariage, et ils restent légitimes après l'annulation du mariage (3). Si leurs parents n'étaient pas de bonne foi, ils peuvent cependant demander à leur père à être entretenus comme enfants légitimes (4).

Il n'existe dans le Code allemand aucune obligation alimentaire entre alliés (5).

En matière de tutelle, l'article 1779 décide que le tuteur devra de préférence être choisi parmi les parents ou les

(1) C. civ. allem., art. 1310, alinéa 2. — Le mariage entre alliés au degré prohibé est nul (*Ibidem*, art. 1327).

(2) C. civ. all., art 1732.

(3) C. civ. all., liv. iv, sect. 2, titre 5, situation juridique des enfants issus de mariages annulés, art. 1699 et s.; et titre vii, de la légitimation des enfants naturels. — Le Code ne dit pas que l'enfant incestueux ne pourra pas être légitimé par mariage subséquent; il dit au contraire formellement, on vient de le voir, qu'il ne pourra l'être par disposition gouvernementale.

(4) C. civ. all., art. 1703.

(5) C. civ. all., liv. iv, section 2, titre 3.

alliés du mineur. Le tribunal qui a la surveillance de la tutelle ne peut prendre en principe aucune décision sans entendre préalablement les parents et alliés du pupille (1). Sauf exception, ces parents ou alliés peuvent seuls faire partie du conseil de famille (2), dont la constitution d'ailleurs n'est pas obligatoire en droit allemand ; ils ont le droit de demander que ce conseil soit réuni, sauf au tribunal à apprécier si la mesure peut être utile aux intérêts du mineur (3).

En vertu des articles 2234 et 2235 du même code, ne peuvent figurer à un testament comme juge, notaire, greffier ou témoin, les parents ou alliés en ligne directe et jusqu'au deuxième degré en ligne collatérale, non seulement du légataire, comme en droit français, mais encore du testateur.

En matière civile, « peuvent refuser leur témoignage : 1° La personne fiancée... ; 2° Le conjoint... ; 3° Les parents ou alliés de l'une des parties en ligne directe..., en ligne collatérale les parents jusqu'au troisième degré ou les alliés jusqu'au second degré, même après la dissolution du mariage sur lequel est fondée l'alliance... (4). »

L'alliance est aussi une cause de récusation : « l'exercice des fonctions judiciaires est de plein droit interdit au juge », lorsqu'il est allié d'une des parties en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au second degré (5).

(1) C. civ. all., art. 1847.

(2) C. civ. all., art. 1867.

(3) C. civ. all., art. 1858, 1859 et 1862.

(4) Glasson, Lederlin et Dareste, *Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne*, trad. et annoté, art. 348.

(5) Code de pr. civ. allem., art. 41.

APPENDICE : AUTRICHE-HONGRIE (1).

En Autriche, le mariage est prohibé entre parents et alliés jusqu'au degré d'oncle et neveu (2). Entre Israélites, « les empêchements pour cause d'alliance sont restreints aux personnes suivantes : après la dissolution du mariage, il n'est pas permis au mari d'épouser une parente de sa femme en ligne ascendante ou descendante, ni une sœur de sa femme, et il n'est pas permis à la femme d'épouser un parent de son mari en ligne ascendante ou descendante, ni un frère de son mari, ni un fils ou un neveu du frère ou de la sœur de son mari (3) ».

En Hongrie, la législation matrimoniale variait avec chaque religion et dans la même religion avec chaque secte. La loi xxxi de 1894, sur le mariage civil, a mis fin à cette diversité de réglementation ; l'article 11 de cette loi prohibe le mariage entre alliés en ligne directe.

III. — ANGLETERRE (4).

L'alliance, en droit anglais, résulte du concubinage aussi bien que de l'union légitime.

(1) Consulter, pour l'Autriche : De Clercq, *Code civil de l'Empire d'Autriche* (1^{er} juillet 1811), trad., Paris 1836. — Pour la Hongrie : Lehr, *La nouvelle législation hongroise sur l'état civil et le mariage civil*, *Journal de droit international privé*, 1895, p. 751 et s.

(2) C. civ. autrich., art. 65 et 66.

(3) C. civ. autrich., art. 125.

(4) Consulter : Blackstone, *Commentaire sur les lois anglaises*, trad. Omicourt, 6 vol., Bruxelles, 1774-1776. — Westoby, *Résumé de la législation anglaise*, Paris, 1853. — Pavitt, *Le droit anglais codifié*, Paris, 1885. — Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, Paris, 1885. — Colfavru, *Du mariage et du contrat de mariage en Angleterre et aux Etats-Unis*, Paris, 1868. — Glasson, *Histoire du droit et des institutions*

Henri VIII, qui avait fait annuler son mariage avec Catherine d'Aragon, en prenant pour prétexte le lien d'affinité qui existait entre elle et lui, défendit le mariage entre alliés en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement (1).

Cette prohibition, sans avoir jamais été expressément abrogée, ne fut maintenue par Guillaume IV en 1835, que pour le mariage entre beau-frère et belle-sœur et à plus forte raison entre alliés en ligne directe.

Jusqu'à cette époque d'ailleurs, les mariages prohibés n'en étaient pas moins valables et produisaient tous leurs effets tant qu'ils n'avaient pas été annulés par les tribunaux ecclésiastiques. Depuis le 31 août 1835, ils sont entachés de nullité dès le moment où ils sont célébrés ; cette nullité n'est pas susceptible de se couvrir ; elle peut être déclarée par la justice sur la demande des époux ou de toute autre personne y ayant intérêt (2).

Le mariage est interdit entre beau-frère et belle-sœur, sans dispense possible. Les Anglais ont vainement essayé jusqu'ici de réformer ce point de leur droit matrimonial.

Les premières tentatives en ce sens ont été faites en 1841. Jusqu'en 1873, des *bill*, autorisant le mariage entre beau-frère et belle-sœur furent sept fois votés par la Chambre des communes et sept fois rejetés par la Chambre des lords (3). En 1879, une pétition dans le

politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparées au droit et aux institutions de la France, depuis leur origine jusqu'à nos jours, Paris, 1883, 6 vol. — Lambrechts, *Dictionnaire pratique de droit comparé*, v^o *Angleterre*.

(1) Stat. 25, Henri VIII, c. 22.

(2) Stat. 5 et 6, Guillaume IV, c. 54. — Glasson, *op. cit.*, t. vi, p. 175, note 17.

(3) Le 17 février 1875, la Chambre des communes repoussa le même

même sens, signée par les propriétaires-fermiers de Buckinghamshire, fut présentée au Parlement par lord Beaconsfield; et quelque temps après, le prince de Galles en présenta une semblable émanant des propriétaires du comté de Norfolk (1). La question étant revenue devant les Chambres en 1880, le *bill* n'a été repoussé à la Chambre des lords que par onze voix de majorité; en 1882, par quatre voix, et la question avait paru si grave que les princes de la famille royale, en leur qualité de pairs du royaume, sont venus voter en faveur de l'abrogation de l'empêchement. Seize évêques se sont prononcés en sens contraire, en se plaçant aussi bien au point de vue social qu'au point de vue religieux (2). En 1883, le *bill* a encore une fois été rejeté par sept voix. En 1896, il a été adopté en troisième lecture à la Chambre des lords par 142 voix contre 104, mais bloqué à la Chambre des communes (3).

Enfin, tout récemment, un *bill* semblable aux précédents a été voté en seconde lecture à la Chambre des communes le 24 avril 1901, par une majorité de 157 voix (279 contre 122). Dans cette séance, des discours ont été prononcés: en faveur de la réforme, par Sir W. Brampton Gurdon et Sir Henry Fowler; contre la réforme, par MM. Griffith Boscawen, Sharpe, Mellor, Vicary Gibbs,

bill (V. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1875, p. 232). — Sur le *bill* qui a autorisé ce mariage dans les colonies anglaises (*colonial marriage bill*), malgré l'opposition de l'attorney général, v. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1877, p. 273.

(1) Discours de sir Brampton Gurdon, à la Chambre des communes, le 24 avril 1901 (v. le *Times*, n° du 25 avril 1901, p. 13).

(2) V. Glasson, *op. cit.*, p. 174 et 175, note 16.

(3) Discours de Sir Brampton Gurdon, *loc. cit.*

Farrel et par Earl Percy (1). Les premiers se sont appuyés sur la loi naturelle qui ne semble pas condamner le mariage entre beau-frère et belle-sœur et ont invoqué l'exemple des législations actuelles qui, d'une manière générale reconnaissent cette union (2). Les seconds se sont placés d'abord sur le terrain religieux (3) : ils ont aussi reproché au *bill* de vouloir introduire en Angleterre une des lois de la Révolution française sur le mariage libre (4).

En somme, l'opinion publique en Angleterre paraît favorable à cette réforme : sir W. Brampton Gurdon a pu dire à la Chambre que, si dans tous le pays les élections se faisaient sur cette question, on ne trouverait peut-être pas un seul adversaire du projet qui eût quelques chances d'être élu. L'opposition vient surtout des évêques, et plus particulièrement d'une secte de l'Eglise anglicane (5), qui se préparent à combattre le projet dans

(1) V. ces discours dans le *Times*, n° du 25 avril 1901, p. 9 et 13.

(2) Sir Brampton Gurdon a soutenu également que la loi anglaise devait considérer les alliés comme étrangers les uns aux autres, en matière de mariage, de même qu'en matière successorale : la transmission des biens à cause de mort, entre alliés comme entre étrangers, est soumise à un droit d'enregistrement de 10 0/0.

(3) M. Griffith Boscawen a fait remarquer par exemple que, les époux étant devenus par le mariage une même chair, on ne pouvait pas plus épouser sa belle-sœur que sa propre sœur : l'Eglise anglicane, a-t-il dit, gardienne des traditions de l'Eglise occidentale, a toujours prohibé ce mariage.

(4) Discours de M. Farrel, catholique irlandais (*Times*, *loc. cit.*). — M. Griffith Boscawen a affirmé qu'on voyait souvent en Angleterre une belle-sœur demeurer avec son beau-frère veuf pour élever ses enfants, et cela sans aucun scandale : la belle-sœur n'épousant pas son beau-frère, les enfants de celui-ci ne courent pas le risque de se voir préférer des enfants d'un second lit.

(5) Discours de M. Griffith Boscawen (*Times*, *ibid.*).

la discussion devant la Chambre des lords. En effet, la prohibition de mariage entre beau-frère et belle-sœur se rattache étroitement à l'origine de la religion anglicane : Henri VIII fonda cette religion, à la suite de ses démêlés avec le Saint-Siège qui ne voulait pas reconnaître la nullité de son mariage avec Catherine d'Aragon, sa belle-sœur. Permettre le mariage entre beau-frère et belle-sœur en Angleterre, c'est donc condamner la conduite d'Henri VIII, et par suite la fondation de l'Eglise anglicane (1). Nous croyons cependant que cette réforme ne saurait tarder à aboutir.

Le droit anglais ne consacre pas d'obligation alimentaire entre alliés. Cependant le second mari d'une femme doit élever les enfants du premier lit de cette femme s'ils sont sans ressources. De même, tout mari prend à sa charge les enfants illégitimes de sa femme, antérieurs au mariage : dans ce cas, il doit assistance (*relief*) à ces enfants jusqu'à ce qu'ils aient l'âge de 16 ans ou jusqu'à la mort de leur mère (2).

Les enfants incestueux ne sont l'objet d'aucune disposition spéciale. Comme tous les enfants naturels, ils sont incapables d'être légitimés par mariage subséquent. Il semble bien qu'ils puissent être reconnus et acquérir ainsi le droit aux aliments, qui est le seul effet produit par la reconnaissance en droit anglais. Il est d'ailleurs permis à

(1) Le *bill* voté par les Communes ne permet que le mariage avec la sœur de la femme décédée (*marriage with a deceased wife's sister bill*) ; mais s'il était admis, on en arriverait vite à permettre le mariage avec la veuve du frère.

(2) Stat. 4 et 5, Guillaume IV, c. 76, 56 et 57. — Colfavru, *op. cit.*, p. 61. — Glasson, *op. cit.*, p. 215, note 5.

leurs parents de les avantager sans limites par dispositions entre vifs ou testamentaires.

IV. — ÉTATS-UNIS (1).

La législation matrimoniale des États-Unis n'est pas uniforme: elle varie avec chaque État. Entre ces différentes réglementations de mariage, il existe cependant une certaine parenté, s'expliquant par ce fait qu'elles dérivent toutes plus ou moins du *common-law* anglais.

D'une manière générale, l'empêchement de mariage basé sur l'alliance est moins étendu qu'en Angleterre. L'Amérique a su s'affranchir de la prohibition de mariage entre beau-frère et belle-sœur: ou bien une telle union est permise purement et simplement, ou bien elle est possible avec des dispenses. La Virginie semble être le seul État qui ait conservé sur ce point la prohibition absolue du droit anglais (2).

Le mariage contracté entre alliés en ligne directe est nul, et à ce propos, il convient de signaler une théorie très curieuse de cette nullité, théorie qui est spéciale aux statuts révisés de Vermont, tenus en très haute estime par les jurisconsultes des États-Unis. D'après ces statuts, les mariages prohibés par la loi pour cause de parenté ou d'affinité (ou de bigamie) sont tellement nuls qu'il n'est

(1) Consulter : Carlier, *Du mariage aux Etats-Unis*, Paris, 1860. — Colfavru, *Du mariage et du contrat de mariage en Angleterre et aux Etats-Unis*, Paris, 1868. — Claudio Jannet, *Les Etats-Unis contemporains*, Paris, 1889.

(2) Lawrence, *Etude de législation comparée et de droit international sur le mariage*, Gand, 1870. (*Revue de droit international et de législation comparée*, t. 2, p. 53 et s.).

pas nécessaire d'en faire prononcer judiciairement la nullité (1).

L'obligation alimentaire est limitée à la parenté du sang (*to relations by blood*): le mari n'est pas tenu de fournir des aliments à l'enfant de sa femme issu d'un précédent mariage, non plus qu'à la mère de sa femme. Il y a cependant exception à ce principe en faveur de l'enfant de sa femme que le mari a pris dans sa maison: le mari est considéré comme lui tenant lieu de père (*standing in loco parentis*) et il est tenu de pourvoir à ses besoins et à son éducation, aussi longtemps que durant sa minorité l'enfant habite avec lui (2).

*
* *

Nous terminerons cette rapide étude de droit comparé par l'exposé succinct des dispositions sur notre matière contenues dans les législations roumaine, russe et suédoise.

En Roumanie (3), le mariage est défendu entre parents et alliés en ligne directe à l'infini et en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré (4). La loi du 1^{er} juin 1896 organise, entre autres choses, la récusation pour cause d'alliance entre le juge et l'une des parties (5).

En Russie (6), la législation matrimoniale conserve un ca-

(1) Colfavru, *op. citat.*, p. 60. — Cependant, dans certains Etats, un homme peut épouser la veuve de son père: ce fait a été rapporté au Parlement anglais par Earl Percy, dans son discours à la Chambre des communes, le 24 avril 1901 (v. le *Times*, n° du 25 avril 1901).

(2) Colfavru, *op. citat.*, p. 64.

(3) Consulter Lambrechts. *Dictionnaire pratique de droit comparé*, v° Roumanie, fasc. 4-7.

(4) Code roumain, art. 143 et 144.

(5) Loi du 1^{er} juin 1896, sur les justices de paix, art. 113 et 114.

(6) Consulter: Lehr, *Eléments de droit civil russe*, Paris 1877. —

ractère profondément religieux. L'alliance se forme et prend fin par les mêmes causes qu'en droit français (1). Mais elle fait obstacle au mariage dans des degrés plus étendus, et variant avec la religion des contractants. Si les contractants appartiennent l'un et l'autre à l'Eglise gréco-russe, le mariage est prohibé entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré (cousins germains) ; les autres prohibitions d'affinité du droit canonique n'ont plus le caractère obligatoire : néanmoins elle doivent être levées par une dispense de l'évêque de l'éparchie (2). Si les deux contractants ou l'un d'eux relèvent d'une Eglise chrétienne autre que l'Eglise gréco-russe, le mariage est interdit jusqu'au quatrième degré en cas d'alliance légitime, jusqu'au second en cas d'alliance naturelle. La législation russe reconnaît aussi l'empêchement d'honnêteté publique, au premier degré canonique quand il résulte de fiançailles, au quatrième quand il résulte d'un mariage annulé pour impuissance ou de l'entrée dans les ordres de l'un des époux.

La Suède (3) est encore soumise à l'heure actuelle aux Codes dont elle fut dotée en 1734 ; mais de nombreuses lois ou ordonnances ont un peu rajeuni cette réglementation presque deux fois centenaire. Le mariage est défendu entre alliés en ligne directe ; il l'était aussi en ligne collatérale, mais une ordonnance royale du 29 mai 1872 a supprimé ce dernier empêchement (4). Le Code de

Jay. *Le mariage d'après la législation russe, Revue historique*, t. 2. p. 626,

(1) Code civil des provinces baltiques, art. 263-265 ; Lehr, *op. citat.*, p. 106.

(2) Ukase du Saint-Synode du 19 janvier 1810.

(3) Consulter : R. de la Grasserie. *Codes suédois de 1734 (civil, pénal commercial)*, Paris, 1895.

(4) Code suéd., titre du mariage, art. 4, 5, 6 et 7.

1734 ajoute : « L'alliance se compte entre le mari et la famille de la femme et entre la femme et la famille du mari, mais non entre les deux familles. Ainsi deux frères peuvent épouser les deux sœurs, et le père épouser la mère, quoique le fils ait épousé la fille. *Mais le fils ne peut épouser la mère tant que son père vit, si celui-ci a épousé la fille, pour que le respect ne soit pas diminué dans la famille* (1). »

La législation suédoise, au titre pénal, chapitre des crimes contre les mœurs, punit l'inceste. Voici en quoi consiste la répression de ce crime, telle qu'elle résulte des Codes de 1734, modifiés par l'ordonnance royale du 24 mai 1872 et la loi du 20 juin 1890. Entre parents en ligne directe, l'inceste est passible des travaux forcés à perpétuité ou de huit à dix ans (2). Entre alliés, la peine est plus douce : « Si le père ou la mère a des relations intimes avec le conjoint de l'enfant ou du descendant, ou le beau-père ou la belle-mère avec la bru ou l'enfant de l'autre époux ou ses descendants, il seront punis des travaux forcés de six mois à quatre ans. L'époux de l'enfant ou du descendant, de même l'enfant de l'autre époux ou son descendant seront punis d'un emprisonnement de six mois au plus, ou des travaux forcés au maximum de deux ans. » — « Les relations intimes entre personnes qui sont alliées par leur mariage avec les frères et sœurs, oncles, nièces et neveux de l'autre ou avec quelqu'un des frères et sœurs desquels l'autre est issue, sont passibles d'une amende (3). »

(1) Code suéd., titre du mariage, art. 8.

(2) C. suéd., titre pénal, ch. 18, des crimes contre les mœurs, art. 1.

(3) C. suéd., tit. pénal, ch. 18, art. 2 et 5.

CONCLUSION

Nous avons ainsi terminé notre étude sur la théorie de l'alliance ou affinité. Après avoir assisté à l'évolution de cette théorie dans l'histoire à travers les législations primitives, le droit romain et l'ancien droit français, nous l'avons vue se dégager des diverses influences auxquelles elle avait été soumise et se fixer enfin dans les législations actuelles, en tête desquelles nous avons examiné la nôtre.

Quelle conclusion se dégage de ces exposés successifs ? Faut-il reconnaître que l'évolution de la théorie est terminée et qu'à l'heure actuelle nous sommes parvenus sur ce point à la dernière étape du progrès juridique ? Faut-il dire en particulier que la législation française n'a plus rien à tirer ici des enseignements de l'histoire et des rapprochements du droit comparé ?

Nous ne le croyons pas ; nous prétendons au contraire que notre loi contient, en ce qui concerne les effets de l'alliance, un certain nombre d'imperfections auxquelles il serait facile de remédier. Loin de nous la prétention d'apporter ici des réformes minutieusement et complètement élaborées, prêtes en un mot à affronter une discussion parlementaire : nous nous contenterons simplement de relever les points qui nous paraissent les plus critiquables et d'indiquer sommairement le sens dans lequel nous voudrions les voir résoudre, laissant à plus compé-

tents que nous le soin et le mérite d'incarner ces réformes en un projet de loi.

*
* *

C'est surtout au point de vue de la prohibition de mariage entre beau-frère et belle-sœur que le système du Code civil sur l'alliance semble appeler des modifications.

On pourrait décider, par exemple, que le mariage contracté au mépris de cet empêchement ne sera pas atteint de nullité absolue. Il en résulterait que l'action en nullité ne serait plus ouverte au ministère public ni à toute personne intéressée. Il en résulterait aussi, ce qui serait encore plus important et plus équitable, que la nullité pourrait être couverte : elle le serait en particulier par l'obtention de dispenses postérieurement au mariage (1).

Mais nous croyons qu'il faut aller encore plus loin et supprimer radicalement l'empêchement de mariage entre beau-frère et belle-sœur (2). En effet, d'une part personne ne songerait actuellement à demander le retour à la prohi-

(1) Nous croyons avoir montré plus haut que ce système pouvait se soutenir en droit actuel (v. *supra*, *Législation française actuelle*, chapitre deuxième, *in fine*) ; il était d'ailleurs adopté sans difficulté dans l'ancien droit français ; mais nous devons reconnaître qu'à l'heure actuelle il est généralement repoussé par les auteurs. — Nous voudrions voir s'introduire à ce sujet dans notre Code civil une disposition analogue à celle du Code autrichien (applicable seulement dans ce Code aux empêchements non dirimants) : « S'il venait à se présenter après la célébration du mariage un empêchement non dirimant jusqu'alors inconnu, les parties pourraient solliciter des dispenses auprès du tribunal local par l'intermédiaire de leurs curés et sans faire connaître leurs noms. » (Code autrichien, trad. de Clercq., art. 84).

(2) Consulter en ce sens : Girault, *De la prohibition du mariage entre le beau-frère et la belle-sœur*, Paris, 1874 (*Revue pratique du droit fr.*, t. 35, p. 269). — En sens contraire : X., *Des dispenses d'alliance*, Paris, 1880.

bition absolue du Code civil sur ce point ; d'autre part, le système de la prohibition relative, susceptible de dispenses, présente à notre avis plus d'inconvénients que d'avantages.

En effet, théoriquement, cette prohibition est sans fondement dans la loi morale : le mariage entre beau-frère et belle-sœur est si peu contraire au droit naturel que les législations les plus rigoristes l'ont toléré et que la loi mosaïque l'avait même prescrit dans un cas particulier. On a dit, il est vrai, qu'il fallait craindre de voir le beau-frère séduire sa belle-sœur en abusant des facilités qu'offre à cet égard l'intimité de la vie familiale ; on devait donc par prudence supprimer tout espoir, toute illusion d'avenir susceptible de calmer les remords du coupable et de favoriser la faiblesse de la victime (1). Nous croyons que ces dangers de séduction ont été un peu exagérés : ils sont d'ailleurs de moins en moins à craindre avec la dispersion toujours croissante des membres d'une même famille. En tout cas ils pourraient servir à légitimer une prohibi-

(1) Consulter sur ce point la discussion du projet de Code civil. Voici en particulier les paroles de Portalis : « L'horreur de l'inceste du frère avec la sœur et des alliés au même degré dérive du principe de l'honnêteté publique. La famille est le sanctuaire des mœurs ; c'est là où l'on doit éviter avec tant de soin ce qui peut les corrompre. Le mariage n'est sans doute pas une corruption ; mais l'espérance du mariage entre des êtres qui vivent sous le même toit, et qui sont déjà invités par tant de motifs à se rapprocher et à s'unir, pourrait allumer des désirs criminels et entraîner des désordres qui souilleraient la maison paternelle, en banniraient l'innocence, et poursuivraient ainsi la vertu jusque dans son dernier asile. » (Portalis, *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage*, présenté le 16 ventôse an XI, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par Jean-Etienne-Marie Portalis, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Paris, 1844, p. 175 et s.).

tion absolue de mariage, mais non pas une prohibition susceptible de dispenses (1).

Pratiquement le système de la prohibition susceptible de dispenses est complètement inutile (sauf au point de vue fiscal), puisque le gouvernement ne refuse presque jamais la dispense. Il est également condamné par les mœurs qui depuis longtemps se sont prononcées pour la légitimité des mariages entre beau-frère et belle-sœur. Or les lois, sous peine d'être vouées à l'impuissance, ne doivent être que le reflet des mœurs :

« ... *Quid leges, sine moribus*
Vanæ proficiunt ? » (2)

Enfin le système de notre loi sur ces mariages entraîne des résultats funestes. En premier lieu, l'espoir d'obtenir des dispenses encourage souvent ceux qui les ont demandées à nouer ensemble des relations coupables, qui, indépendamment de leur caractère peu moral, peuvent encore avoir des conséquences désastreuses si elles sont suivies d'une grossesse et que la dispense ne soit pas accordée. En second lieu, la Cour de Cassation admettant la légitimation des enfants nés d'un beau-frère et d'une belle-sœur par le mariage subséquent contracté avec dispenses, la légitimation de ces enfants dépend à l'heure actuelle d'un parquet ou d'un bureau du ministère : que

(1) « Il n'est point d'un usage nécessaire que le beau-frère et la belle-sœur habitent dans la même maison. Le mariage n'est donc point défendu entre eux pour conserver la pudicité dans la maison ; et la loi qui le permet ou le défend n'est point la loi de la nature, mais une loi civile qui se règle sur les circonstances, et dépend des usages de chaque pays : ce sont des cas où les lois dépendent des mœurs et des manières. » (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. xxvi, ch. 14).

(2) Horace, *Carm.*, liv. iii, 24, v. 35.

la dispense soit refusée, et voilà ces malheureux enfants rangés dans la catégorie des incestueux (1). En bonne législation, est-ce admissible ?

Ces raisons ont paru péremptoires à certains législateurs étrangers et nous avons pu constater déjà que l'Allemagne, les États-Unis, le Portugal avaient effacé de leurs Codes la prohibition de mariage entre beau-frère et belle-sœur. En France, le maintien de cet empêchement corrigé par la possibilité des dispenses n'a été admis en 1832 qu'à titre provisoire : « La législation, disait l'auteur du projet de loi, à l'exemple de la nature doit procéder par transitions. Le temps viendra, je l'espère, où l'on pourra renoncer aux dispenses, mais peut-être n'est-il pas encore arrivé (2). » Il y a près de soixante-dix ans que ces paroles étaient prononcées devant le Parlement : aujourd'hui, nous croyons que « le temps est arrivé » où l'on peut et où l'on doit renoncer aux dispenses.

*
* *

La législation française sur l'inceste est également loin d'être parfaite, et les reproches qu'on peut lui adresser sont particulièrement fondés en ce qui concerne l'inceste entre beau-frère et belle-sœur, et la condition des enfants nés de deux alliés à ce degré, soit hors mariage, soit durant un mariage postérieurement annulé (3).

(1) Il pourrait même arriver, car il faut tout prévoir, que la Cour de Cassation abandonnât sur ce point sa jurisprudence actuelle, que les auteurs approuvent au nom de l'équité, mais qu'ils combattent vivement au nom du droit. Un pareil revirement dans la jurisprudence de la Cour suprême aurait des conséquences funestes pour l'état des enfants de beaux-frères et de belles-sœurs ; en revanche, il aurait peut-être le salutaire effet de provoquer une intervention du législateur.

(2) Paroles du baron Roger (*Moniteur* du 1^{er} janvier 1832).

(3) Notre Code pénal n'organise pas de répression de l'inceste. Il en

Chose singulière et un peu humiliante pour nos prétentions modernes de justice et d'équité, nous n'avons pas emprunté aux législations antérieures les peines prononcées contre les incestueux eux-mêmes, peines qui pouvaient être justes et qui en tout cas atteignaient les vrais coupables ; mais en revanche nous avons gardé les peines contre leurs enfants, peines qui sont inutiles puisqu'elles n'arrivent pas à prévenir l'inceste et qui surtout sont injustes puisqu'elles ne frappent que des innocents.

Notre Code ne punit pas les auteurs de l'inceste ; en revanche il exclut les enfants incestueux de toute succession, de toute libéralité émanant de leurs parents, et ne leur accorde que les aliments indispensables. Une telle parcimonie n'est qu'une cruauté inutile et indigne d'une nation civilisée ; et l'on se prend à regretter que la loi du 25 mars 1896, en améliorant la condition des enfants naturels, n'ait pas cru devoir apporter aussi quelque adoucissement à celle des enfants incestueux.

Nous croyons qu'il faudrait accorder aux enfants incestueux les mêmes droits qu'aux enfants naturels. Le législateur pourrait examiner en même temps s'il n'y aurait pas lieu de leur accorder le bénéfice de la légitimation dans certains cas exceptionnels, par exemple dans l'hypothèse où il y aurait bonne foi de parents et par conséquent mariage putatif.

*
* *

Les autres effets de l'alliance ne nous arrêteront que peu de temps.

est d'ailleurs ainsi dans la plupart des législations européennes. Dans certains pays cependant les mœurs ont obligé la loi à punir l'inceste : Italie (art. 337), Allemagne (art. 173), Autriche (art. 131), Suède (titre pénal, ch. 18, des crimes contre les mœurs, art. 1, 2 et 5).

L'obligation alimentaire entre alliés est actuellement condamnée par un certain nombre de législations étrangères (Portugal, Espagne, Allemagne): nous ne croyons pas qu'il soit opportun de la supprimer en droit français. Il faudrait à notre avis se contenter de lui faire subir deux légères modifications. En premier lieu, on devrait la déclarer éteinte au convol en secondes noces de la bru comme au convol de la belle-mère; le Code civil italien, on l'a vu, a déjà accompli cette réforme (1). Il faudrait en second lieu que le convol de la belle-mère ne privât point le gendre ou la belle-fille de lui demander des aliments; il ne faut pas, en effet, s'ils sont dans l'indigence, qu'ils puissent se voir enlever leur droit à une pension alimentaire par un fait qui dépend, non de leur volonté, mais de celle de ladébitrice.

On a déjà constaté que, dans l'intérêt même du majeur frappé d'aliénation mentale, il serait utile d'autoriser ses alliés les plus proches, surtout en l'absence de tout parent, à demander son interdiction. A notre connaissance aucune législation ne leur reconnaît un tel droit: notre Code civil s'honorerait, croyons-nous, en donnant le premier un asile à une semblable disposition.

Les cas de récusations de juges pour cause d'alliance pourraient être réduits sans grands inconvénients, comme ils l'ont été déjà, notamment dans la législation néerlandaise (2).

Notre Code d'instruction criminelle interdit de recevoir le témoignage des alliés jusqu'au degré de beau-frère d'un

(1) C. civ. italien, art. 140. — V. *Supra*, *Législations étrangères*.

(2) C. de procéd. civ. néerland., art. 30. — V. *supra*, *Législations étrangères*.

des prévenus ; mais cette interdiction n'est pas à peine de nullité, si les intéressés gardent le silence. Peut-être vaudrait-il mieux, comme l'ont fait les législations portugaise, italienne et néerlandaise (1), interdire d'une manière plus formelle et plus absolue la déposition des alliés jusqu'à un certain degré. En effet, ou bien l'allié qui témoigne disculpe son allié et alors on ne le croit pas ; ou bien il l'accuse et alors il est odieux et on lui refuse toute confiance. Vis-à-vis de lui-même, s'il est bien intentionné, dans le premier cas il voudra trop dire, dans le second il s'efforcera d'en dire le moins possible.

*
* *

Telles sont les quelques critiques que nous nous permettons de formuler sur notre législation actuelle en matière d'alliance. Elles n'ont certes pas été amenées à une maturité suffisante, et nous-mêmes ne possédons pas une autorité assez grande pour susciter à ce sujet une intervention législative. Et cependant, nous croyons l'avoir montré, parmi les réformes que nous avons signalées il en est de nécessaires. Les législateurs des nations voisines l'ont compris et se sont hâtés de réaliser les principales d'entre elles. Nous nous devons à nous-mêmes de ne pas nous laisser devancer plus longtemps ; comme le disait, il y a plus de trente ans, un éminent professeur sous le patronage duquel nous ne saurions mieux faire que de terminer cette étude, il faut « perfectionner nos lois civiles, crimi-

(1) Portugal, *processo criminal*, tit. 3 (trad. Marcy). — Code de procéd. pénale du royaume d'Italie, art. 826. — Code de procédure pénale hollandais, art. 188.

nelles et administratives, si nous voulons qu'elles restent pour le monde des leçons et des modèles de justice et de raison, en même temps qu'elles seront pour nous-mêmes des gages de concorde et de prospérité intérieures (1). »

Vu :

Le Doyen,

GLASSON.

Vu :

Le Président de la thèse,

SALEILLES.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

(1) Boissonade, *Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon*, *Revue pratique*, 1868, t. II, p. 67.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	5
-----------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

ÉTUDE HISTORIQUE

I. — Législations anciennes	13
I. — La notion d'alliance et ses premiers effets.	14
II. — L'alliance empêchement de mariage.	17
III. — L'alliance et le lévirat.	21
II. — Législation romaine	30
Chapitre premier. — Généralités. Terminologie.	32
I. — Etymologie du mot <i>affinitas</i>	32
II. — Qu'est-ce que l'affinité ?	34
III. — Terminologie.	39
Chapitre deuxième. — Formation et cessation de l'affinité.	42
I. — Formation de l'affinité par le mariage et les fiançailles.	43
II. — L'affinité se forme-t-elle par le concubinat et le <i>contubernium</i> ?	46
III. — Cessation de l'affinité.	53
Chapitre troisième. — L'affinité considérée comme empêchement de mariage	58
I. — Empêchement d'affinité en ligne directe.	58
II. — Empêchement d'affinité en ligne collatérale.	61
III. — Empêchements d'honnêteté publique présentant quelque analogie avec l'empêchement d'affinité.	66
IV. — Sanctions de l'empêchement d'affinité.	72
§ 1. — Nullité du mariage.	72

§ 2. — Crime d'inceste.	75
V. — Dispenses d'affinité.	84
Chapitre quatrième. — Autres effets de l'affinité.	86
I. — Effets de l'affinité en droit civil.	87
Obligation alimentaire	87
Tutelle, tribunal de famille	90
Fidécommis, loi Cincia, lois caducaires.	93
II. — Effets de l'affinité en droit pénal.	95
III. — Effets de l'affinité en procédure.	101
III. — Droit germanique	106
Empêchement de mariage	107
Tutelle	110
IV. — Droit canonique.	114
Chapitre premier. — Généralités	115
Chapitre deuxième. — L'affinité légitime	119
I. — Historique de l'empêchement d'affinité	120
II. — Les trois genres d'affinité	127
Chapitre troisième. — <i>L'affinitas ex copula illicita</i>	132
I. — Avant le concile de Trente	132
II. — Après le concile de Trente	135
Chapitre quatrième. — <i>L'affinitas superveniens</i>	137
Chapitre cinquième. — L'empêchement d'honnêteté pu-	
blique.	142
I. — Avant le concile de Trente	143
II. — Après le concile de Trente	146
Chapitre sixième. — Des dispenses	147
I. — Théorie des dispenses	148
II. — Les dispenses d'affinité dans l'histoire	152
Mariage d'Henri VIII, roi d'Angleterre.	154
Chapitre septième. — Sanction des empêchements d'affi-	
nité et d'honnêteté publique	161
I. — Demande en nullité	161

II. — Conséquences de la nullité du mariage	165
III. — Exceptions	166
V. — Droit coutumier et législations des ordonnances royales	169
Chapitre premier. — Les effets de l'alliance en droit civil.	172
I. — L'alliance, empêchement de mariage	173
II. — Autres effets de l'alliance en droit civil	182
Chapitre deuxième. — Les effets de l'alliance en procédure.	185
I. — Alliances des séquestres, huissiers, témoins et notaires	185
II. — Alliances des juges entre eux	189
Arrêt du conseil d'État, du 18 novembre 1866, contre les juges et officiers du présidial et de la sénéchaussée de Moulins	194
III. — Alliances des juges avec les parties.	199

SECONDE PARTIE

LE DROIT MODERNE

I. — Législation révolutionnaire	204
II. — Législation française actuelle	210
Chapitre premier. — Généralités.	211
Chapitre deuxième. — Prohibitions de mariage entre alliés.	215
I. — Empêchement d'alliance en ligne directe.	216
II. — Empêchement d'alliance en ligne collatérale.	220
Chapitre troisième. — Sanction de l'empêchement d'al- liance	225
I. — Nullité du mariage.	225
II. — Mariage putatif	231
Chapitre quatrième. — Condition des enfants issus de deux alliés	233
Chapitre cinquième. — Autres effets de l'alliance en droit civil	242

I. — Obligation alimentaire.	243
II. — Tutelle.	247
Chapitre sixième. — Effets de l'alliance étrangers au droit civil	250
I. — Alliances des huissiers, notaires et témoins instrumentaires	250
II. — L'alliance en procédure civile	252
III. — L'alliance en matières criminelle et administrative.	257
III. — Législations étrangères.	259
Chapitre premier. — Législations des peuples de race latine	261
I. — Belgique.	261
II. — Espagne.	263
III. — Portugal	267
IV. — Italie	270
Chapitre second. — Législations des peuples de race germanique	273
I. — Pays-Bas.	273
II. — Allemagne.	278
Appendice : Autriche-Hongrie	282
III. — Angleterre	282
IV. — Etats-Unis.	287
Roumanie, Russie, Suède	288
CONCLUSION	291

